ФИЛОСОФІЯ ПРАВА

и УНИВЕРСАЛЬНАЯ ИСТОРІЯ ПРАВА.

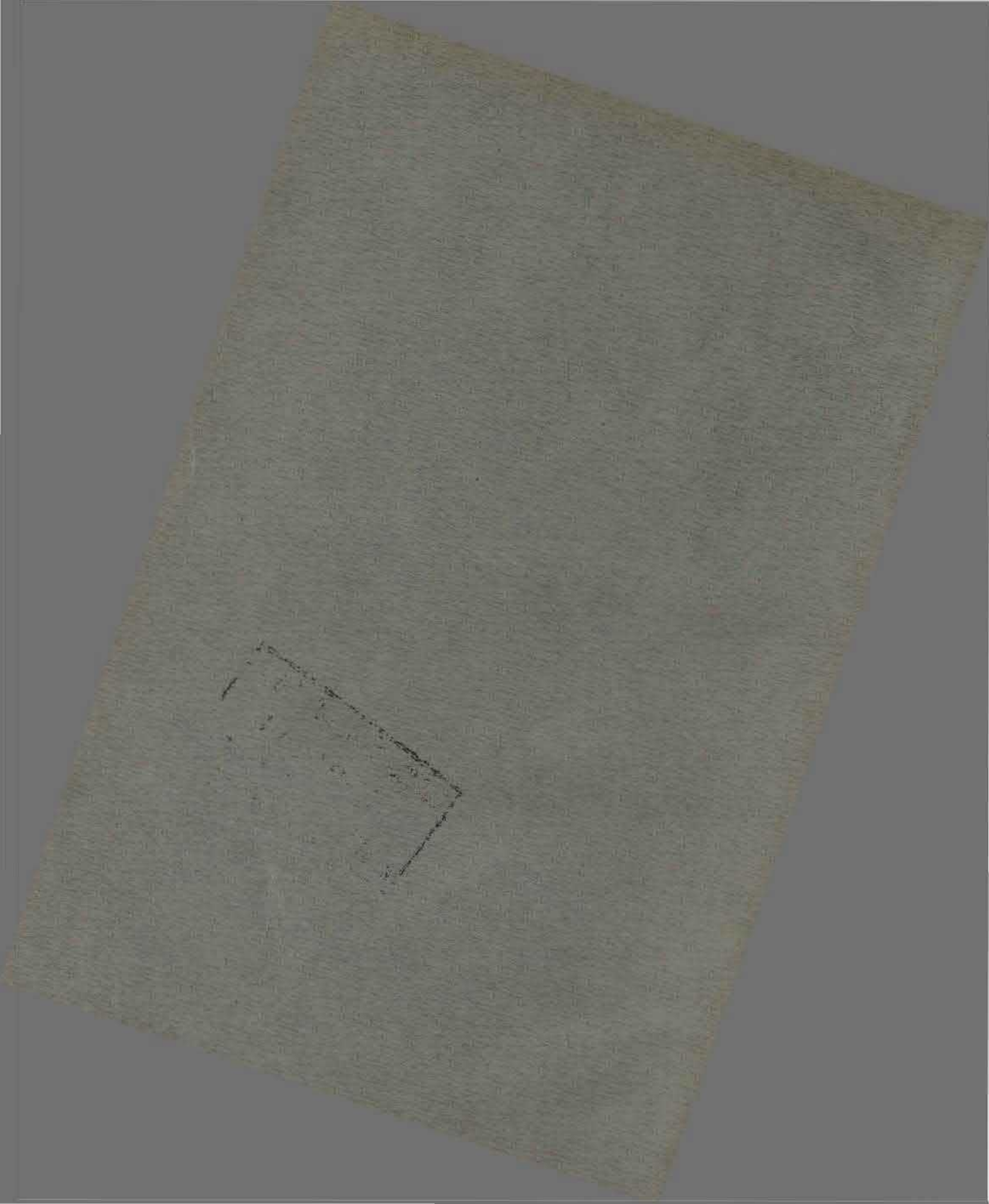
Профессора Берлинскаго университета
Іосифа КОЛЕРА.



Авторизованный переводъ со 2-го нѣмецкаго изданія
Н. К. СПРЕНГЛЕРА.



КІЕВЪ,
Складъ изданія въ книжномъ магазинѣ
Н. Я. ОГЛОБЛИНА, Крещатикъ, д. № 33.
1913.



Д 36/41



ФИЛОСОФІЯ ПРАВА

и УНИВЕРСАЛЬНАЯ ИСТОРІЯ ПРАВА.

Профессора Берлинскаго университета
Іосифа КОЛЕРА.



Авторизованный переводъ со 2-го нѣмецкаго изданія
Н. К. СПРЕНГЛЕРА.



КІЕВЪ,
Складъ изданія въ книжномъ магазинѣ
Н. Я. ОГЛОБЛИНА, Крещатикъ, д. № 33.
1913.

Тип И. И. Чоколова, Б.-Житомирская 20, соб. д.

Настоящая книга представляетъ собой переводъ статьи RECHTSPHILOSOPHIE und UNIVERSALRECHTSGESCHICHTE Іосифа Колера, помѣщенной въ Encyklopädie der Rechtswissenschaft Holtzendorff'a, вышедшей въ 1913 году седьмымъ изданіемъ.

Geleitwort des Verfassers.

Der Uebersetzer hat mich ersucht, diese Uebertragung mit einigen Worten einzuleiten, was ich gern tue in der Ueberzeugung, dass er in seiner Wiedergabe meine Gedanken und Bestrebungen richtig erfasst und ihnen dasjenige Kolorit gegeben hat, welches die russische Sprache mit ihrem grossartigen Idealismus den auf Intuition beruhenden Gedanken zu geben vermag. Das Bewusstsein, dass Russland so viele vorzügliche Rechtsphilosophen besitzt, erfüllt mich mit freudigem Stolze, wenn ich sehe, dass eine Neigung hervorgetreten ist, meinen rechtsphilosophischen Ideen dort Eingang zu verschaffen, und noch grösser wäre meine Zuversicht, wenn ich denken könnte, dass von da aus auch in Russland weitere Studien im Bereiche ber Philosophie und Rechtsvergleichung gemacht würden; liegt doch in dem russischen Volke noch eine solche Fülle belehrender Rechtsgewohnheiten und eine solche reiche Quelle von Recht, Glaube und Sitte, dass die Hebung aller dieser Schätze uns allen von der grössten Wichtigkeit wäre. Und so möchte ich denn der russischen Rechtswissenschaft die Hand reichen, damit wir alle im gemeinsamen Streben weiter arbeiten an den grossen Zielen, die Kulturfaktoren der Menschheit zu erkennen und sie zugleich in fruchtbarer Weise weiter zu gestalten.

Berlin. 28. März 1913.

Josef Kohler.

Geleitwort des Verlegers.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Предисловіе автора.

Переводчикъ просилъ меня дать краткое предисловіе, что я и охотно дѣлаю, въ полной увѣренности, что онъ въ своей передачѣ правильно изложилъ мои мысли и придалъ имъ тотъ колоритъ, который русскій языкъ съ присущимъ ему идеализмомъ въ состояніи дать идеямъ, покоящимся на интуиціи. Сознаніе, что Россія обладаетъ многими выдающимися философами права, наполняетъ меня гордостью, когда я вижу, что возникло стремленіе распространить и тамъ мои философско-правовыя идеи и еще больше я былъ бы радъ, если бы въ Россіи стали заниматься дальнѣйшими изслѣдованіями въ области философіи права и сравнительной юриспруденціи; вѣдь въ русскомъ народѣ заложена такая масса поучительныхъ правовыхъ обычаевъ и такое богатство источниковъ права, вѣры и обычая, что изученіе всѣхъ этихъ сокровищей имѣло бы для насъ всѣхъ огромное значеніе. И поэтому мнѣ хотѣлось бы протянуть руку русской юриспруденціи для совмѣстной работы для достиженія великихъ цѣлей познанія факторовъ человѣческой культуры и изображенія ихъ въ плодотворной для дальнѣйшаго развитія формѣ.

Берлинъ. 28. Марта 1913 г.

Іосифъ Колеръ.

A. Основныя положенія.

§ 1. Философія права и естественное право.

Философія права является отраслью философіи о человѣкѣ, т. е. той философіи, которая имѣетъ цѣлью познать положеніе человѣка и человѣческой культуры во вселенной и въ міровомъ развитіи. Право, какъ и другія явленія культуры, возвышается на степень философіи стремленіемъ познать его значеніе въ общемъ міровомъ порядкѣ. Философія права разсматриваетъ человѣка, какъ носителя культуры и, такъ какъ культура находится въ постоянномъ развитіи, ибо иначе человѣчество и міръ погибли бы, то философія права имѣетъ задачей познать право, какъ нѣчто постоянно развивающееся и прогрессирующее. Поэтому не было болѣе неправильнаго и болѣе нефилософскаго мнѣнія, чѣмъ то, что философія права должна изслѣдовать естественное право, истинное для всѣхъ временъ и свести его, такъ сказать, съ неба на землю. Совершенно забывали о томъ, что культура и ея проявленія представляютъ собой нѣчто совсѣмъ иное, чѣмъ законы природы, вѣчно остающіеся неизмѣнными. Правда все развитіе человѣчества совершается въ конечномъ итогѣ по законамъ животнаго и духовнаго міра. Но изъ этихъ законовъ, вслѣдствіе постоянно новаго смѣшенія силъ, вытекаетъ всегда нѣчто особое, нѣчто новое. Изъ единства человѣческой природы заключить о существованіи

вѣчно неизмѣннаго права было бы такой же ошибкой, какъ считать, что если законы природы остаются неизмѣнными, то и явленія природы никогда не могутъ видоизмѣняться.

Признаніе существованія вѣчнаго права было серьезной ошибкой. Оно могло бы быть оправдано только при допущеніи, что человѣкъ созданъ совершеннымъ съ самаго начала и предназначенъ постоянно пребывать въ этомъ состояніи, т. е. при томъ предположеніи, что наиболѣе соотвѣтствующимъ для него является райское состояніе. Такой взглядъ и былъ усвоенъ теологіей и съ этой точки зрѣнія вполнѣ правильно и послѣдовательно было вѣрить въ право, установленное Богомъ и потерянное вслѣдствіе грѣхопаденія[1]).

[1]) Однако уже Ѳома Аквинскій признаетъ существованіе вѣчнаго закона (lex aeterna) и вытекающаго изъ него естественнаго закона (lex naturalis), Summa theol. 1. 2 qu. 91a. 1—3; онъ полагаетъ, что lex naturalis въ существѣ своемъ одинаковъ у всѣхъ народовъ, 1.2 qu. 94a. 4, но допускаетъ исключенія и думаетъ, что содержаніе этого закона можетъ расширяться и суживаться: nonnulla propria subtrahi quae legis observantiam pro temporum varietate impedire possent, 1.2 qu. 94a. 5. Еще опредѣленнѣе въ томъ же смыслѣ высказывается великій ученикъ Ѳомы, Данте въ одномъ мѣстѣ, которое я какъ-то приводилъ въ другомъ случаѣ, (Monarchia I 16): Habent namque nationes, regna et civitates inter se proprietates, quas legibus differentibus regulari oportet. Est enim lex regula directiva vitae. Aliter quippe regulari oportet Scythas, qui, extra septimum clima viventes et magnam dierum et noctium inaequalitatem patientes, intolerabili quasi algore frigoris premuntur; et aliter Garamantes, qui, sub aequinoctiali habitantes et coaequatam semper lucem diurnam noctis tenebris habentes, ob aestus aëris nimietatem vestimentis operiri non possunt. Сюда же можно отнести и приводимый мной отрывокъ изъ Дантова Рая. Здѣсь было уже такое глубокое воззрѣніе, по отношенію къ которому естественно-правовая школа до временъ Гегеля представляетъ шагъ назадъ. О взглядѣ Ѳомы Аквинскаго въ отношеніи естественнаго права см. также Haring, Recht-und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik стр. 30.

Но коль скоро отказались отъ этого теологическаго воззрѣнія, идея о прирожденномъ вѣчномъ правѣ не могла уже имѣть никакихъ разумныхъ основаній, изъ какихъ бы отвлеченныхъ основъ она ни исходила.

Она противорѣчила жизни людей, какъ явленію культуры. Она исходила изъ того положенія, что къ человѣку примѣнима только одна неизмѣнная норма, какъ будто культура не вызываетъ необходимости въ вѣчно новыхъ нормахъ и будто культурный прогрессъ— что-то второстепенное, не захватывающее самого существа человѣка. Это такое же ошибочное воззрѣніе, какъ и вѣра въ существованіе всемірнаго языка, при которомъ, дабы объяснить разнообразіе существующихъ языковъ, пришлось прибѣгнуть къ помощи вавилонскаго столпотворенія, въ то время, какъ, вѣдь

Nullo effetto mai razionabile,
Per lo piacer uman che rinnovella,
Sequendo il cielo, sempre fu durabile
Dante, Paradiso XXVI 127 и сл.

Но только въ 16 столѣтіи естественное право было разработано, какъ особая система, а въ 17 вѣкѣ получило благодаря трудамъ Гуго Гроція тотъ обликъ, въ которомъ оно совершило свое побѣдоносное шествіе по свѣту[1]). Ему слѣдовалъ цѣлый рядъ выдающихся ученыхъ: Гоббесъ, Пуфендорфъ, Лейбницъ, Томазій исходили изъ него въ своихъ ученіяхъ и въ

---

[1]) Правда не безъ значительнаго сопротивленія, въ особенности со стороны теологовъ, которые назвали систему Гроція impium ac absurdum, такъ напр. Валентинъ Альберти. Наиболѣе выдающимся противникомъ Гроція былъ Джонъ Сельденъ, De jure naturali et gentium iuxta disciplinam Ebraeorum (1640). О немъ хорошее изложеніе у Sternberg'a, Zeitschrift für vergl. Rechtswiss. XIII стр. 365 сл. О нѣкоторыхъ другихъ противникахъ Гроція см. у Bergbohm'a, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie стр. 163.

Вольфѣ оно нашло своего послѣдняго выдающагося приверженца и свое послѣднее выраженіе, правда уже весьма неглубокое и туманное[1]).

§ 2. Философія права и основные принципы права.

Паденіе естественнаго права является громадной заслугой Гегеля. Теорія развитія послѣдняго, принявъ въ противоположность началу постояннаго, неизмѣнно сущаго, начало вѣчнаго измѣненія и развитія, тѣмъ самымъ объявила войну естественному праву, т. е. всякому вѣчному праву разума. Но еще важнѣе были результаты сравнительнаго правовѣдѣнія. Послѣднее указало намъ столь удивительное развитіе права, о которомъ прежде не имѣли никакого представленія. Оно раскрыло предъ нами правовыя учрежденія, діаметрально противоположныя нашимъ учрежденіямъ; оно указало на образованія, столь же уклоняющіяся отъ нашихъ, какъ формы языка Банту отъ формъ греческаго языка. Предположеніе, что все это право было ничѣмъ инымъ, какъ смѣшнымъ заблужденіемъ, оказалось столь неисторическимъ и столь противнымъ этнографіи, что дальнѣйшее разсужденіе по этому поводу было вовсе

---

[1]) Главнѣйшими представителями школы естественнаго права являются: Johann Oldendorp 1480—1567, Johann Bodinus 1530—1596, Johann Althusius 1557—1638, Hugo Grotius 1583—1645 (De jure belli et pacis 1625), Thomas Hobbes 1588—1679 (De cive, Leviathan), Samuel Pufendorf 1632—1694 (De jure naturae et gentium, de officio hominis et civis, Monzambano), Spinoza 1632—1677 (Tractatus theologico-politicus 1670, Tractatus politicus 1677), Locke 1632—1704 (Two treatises of government 1689), Leibniz 1646—1716, Thomasius 1655—1738, Wolf 1679—1754 (Jus naturae 1740). Сюда же слѣдуетъ отнести рядъ философовъ права 19 вѣка: Zachariä, Bauer, Schilling, v. Rotteck, въ большей или меньшей степени и по заслугамъ преданные забвенію. О естественномъ правѣ 16 и 17 вѣковъ ср. также Solari, Scuola del diritto naturale (1904).

невозможно и такъ же ошибочно, какъ если бы утверждать, что языкъ краснокожихъ ничто иное, какъ безсвязная смѣсь звуковъ, тогда какъ достовѣрно извѣстно, что онъ является языкомъ весьма тонкимъ и образнымъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ должны были прійти къ убѣжденію, что право есть и должно быть различнымъ и что никакая форма права не можетъ претендовать на вѣчное существованіе.

Правда, явился вопросъ, не можетъ ли быть по крайней мѣрѣ общее правовое развитіе подводимо подъ нѣкоторыя единыя основныя правовыя положенія и въ особенности, не могутъ ли извѣстныя положенія политики права притязать на одинаковое значеніе для всѣхъ періодовъ развитія. Особенно много говорятъ объ оцѣнкѣ съ точки зрѣнія справедливости, въ частности о томъ, что равное должно оцѣниваться одинаково и что правовой порядокъ не долженъ устанавливать различія между лицами одинаково достойными, отдавая однимъ предпочтеніе предъ другими. Это извѣстныя основныя положенія Никомаховой Этики [1]).

Но здѣсь дѣло идетъ въ общемъ о шаблонахъ, могущихъ быть осуществленными только въ силу требованій извѣстнаго культурнаго періода. Каждый культурный періодъ рѣшаетъ самъ для себя, кто достоинъ и кто нѣтъ, кто виновенъ и кто правъ, какія лица равны и какія неравны. Вообще же всѣ эти предписанія исходятъ изъ той мысли, что право должно развиваться въ зависимости отъ состоянія культуры, на той или другой ступени ея развитія. Послѣдняя же конечно требуетъ, чтобы тотъ имѣлъ право, которому предоставляетъ его соотвѣтствующая культура и чтобы равное достоинство было выражено и въ равномъ управомочіи, а неравное въ неравномъ. Извѣстный культурный періодъ можетъ быть напримѣръ проникнутъ идеей,

---

[1]) Ср. также d'Aguanno, Arch. f. Rechtsphil. III стр. 71 и сл.

что различные классы людей должны занимать неодинаковое положеніе и принимать различное участье въ государственной жизни, какъ напримѣръ высшія и низшія касты у индусовъ или дворянство у восточныхъ и западныхъ народовъ. Далѣе извѣстный культурный періодъ можетъ требовать, чтобы служители религіи пользовались особымъ уваженіемъ и занимали исключительное положеніе въ государствѣ. Извѣстный культурный періодъ можетъ установить различное отношеніе къ гражданамъ и иностранцамъ и можетъ даже лишить послѣднихъ всякихъ правъ. Извѣстный культурный періодъ можетъ установить отвѣтственность отдѣльныхъ лицъ за дѣйствія членовъ ихъ семьи и отвѣтственность семьи за дѣйствія отдѣльныхъ ея членовъ. Онъ можетъ объявить наказуемыми дѣянія и не заключающія въ себѣ вины. И подобнаго рода опредѣленіямъ столь же не можетъ быть отказано въ разсмотрѣніи ихъ съ правовой точки зрѣнія, какъ напримѣръ положенію нашего права, что въ случаѣ возникновенія войны съ какимъ либо государствомъ мы имѣемъ полное право уничтожать армію противника и убивать его солдатъ, поскольку этого требуютъ интересы веденія войны.

О единствѣ основного принципа поэтому не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ тотъ принципъ, что каждый культурный строй долженъ трактовать являющееся въ его глазахъ достойнымъ таковымъ, а все прочее недостойнымъ и неимѣющемъ цѣны, выражаетъ ни что иное, какъ то, что каждый культурный строй есть только извѣстный строй культуры и ничего болѣе [1]).

[1]) То, что въ настоящее время признается схоластиками естественнымъ правомъ, полно подобныхъ шаблоновъ. Такъ іезуитъ Cathrein въ своемъ сочиненіи Recht, Naturrecht und positives Recht, говоритъ: „каждый долженъ имѣть свое (стр. 47 и сл.); право устанавливаетъ общіе принципы, какъ напр. положеніе, что договоры должны быть исполнены, но какіе договоры

Одна только точка зрѣнія могла бы требовать себѣ всеобщаго признанія, это: святость и достоинство труда; но и здѣсь также мы имѣемъ дѣло только съ шаблономъ, осуществляющимся опять извѣстной культурой. Вѣдь тѣ явленія, о которыхъ мы не имѣемъ понятія, какъ напр., суевѣрные обряды и др. считались въ свое время весьма важными и пристойными, въ то время какъ съ другой стороны наша торговая и экономическая дѣятельность нѣкоторыми народами считалась второстепенной, а занятіе искусствами очень часто даже почиталось недостойнымъ свободнаго гражданина. И въ этомъ случаѣ можно сказать только то, что трудъ долженъ трактоваться въ правѣ въ зависимости отъ оцѣнки его тѣмъ или другимъ культурнымъ періодамъ.

Такимъ образомъ все относительно и можно только говорить о томъ, что: 1) право извѣстнаго культурнаго періода разсматриваетъ вещи такъ то и такъ то и 2), что такое то право соотвѣтствуетъ состоянію культуры, или нѣтъ, почему и требуется возможное его измѣненіе.

допустимы, это подлежитъ опредѣленію положительнаго права; естественнымъ правомъ является право отчуждать свою собственность, но законъ можетъ запретить или ограничить продажу нѣкоторыхъ товаровъ, если это полезно или необходимо для всеобщаго блага". (стр. 281—282) Другими словами: естественное право можетъ сказать одно, а положительное право совершенно иное по тому же самому вопросу, такъ какъ если можно запретить одну продажу, то можно также запретить и сто продажъ. Но этимъ ничего не достигается. Можно ли на основаніи положеній естественнаго права рѣшить, должна ли въ отдѣльномъ случаѣ имѣть мѣсто личная или имущественная отвѣтственность за неплатежъ долговъ, или, считается ли присяга въ процессѣ „справедливымъ правомъ"? Ученые древнихъ временъ уже лучше сознавали это. Ср. напр. A v i c e n n a (объ этомъ Arch. f. Rechtsphil. II стр 469). И то обстоятельство, что на основаніи воображаемаго естественнаго права въ Австріи и Италіи ставили большія препятствія совершенію разводовъ, является сильнымъ предостереженіемъ. Утверждали, что объединеніе права было бы невозможно, если бы только нѣкоторые институты, какъ напр.

§ 3. Право, какъ явленіе культуры.

Если естественное право такимъ образомъ и опровергнуто, то нельзя все таки разсматривать право, какъ явленіе внѣшнее, лишенное всякихъ раціональныхъ основъ, которое совершенно случайно отлилось въ такую форму, а не въ иную. Это величайшая ошибка, въ которую впали нѣкоторые изъ противниковъ естественнаго права. Они пришли къ позитивизму, который вообще воспрещалъ всякое сужденіе о дѣйствующемъ правѣ и даже оспаривалъ у юриста право судить о правѣ и его развитіи и предпринимать оцѣнку позитивнаго правового порядка, другими словами хотѣли искоренить не только естественное право, но и философію и политику права. Такъ поступали потому, что неправильно понимали задачи философіи права и правовой политики. Хотя право и представляется вѣчно измѣняющимся и развивающимся, но оно не является чѣмъ то внѣшнимъ и произвольнымъ, а покоится своими корнями въ глубинѣ народнаго духа и соотвѣтствуетъ культурнымъ теченіямъ, господству-

собственность. обязательственное, наслѣдственное право, не носили бы всюду одинаковый характеръ; это неправильно: конечно всегда существуютъ нѣкоторыя отношенія, напр. отношенія человѣка къ вещи, человѣка къ человѣку (сношенія половъ, кровная связь, отношенія, вытекающія изъ сдѣлокъ мѣны). Эти отношенія приводятъ насъ къ цѣлому ряду типическихъ отношеній, но эти типы составляютъ исходный пунктъ для самыхъ различныхъ правъ. Развѣ можно назвать большее различіе, чѣмъ то, которое мы замѣчаемъ между современнымъ обязательственнымъ правомъ и обязательственнымъ правомъ древнихъ временъ, налагавшимъ на несостоятельнаго должника цѣпи рабства? То обстоятельство, что оба названныхъ института носятъ названіе обязательственнаго права, можетъ быть оправдано только историческимъ развитіемъ. Точно такое же отношеніе мы видимъ между коммунизмомъ эскимосовъ или между аграрными порядками племени Бантусъ и нашимъ понятіемъ собственности. О Cathrein'ѣ см. также Zeitschrift vergleichender Rechtswissenschaft XXIV, стр. 233.

ющимъ въ народѣ, будутъ ли это всѣ его члены или отдѣльныя выдающіяся личности. Съ этой точки зрѣнія, право, конечно, допускаетъ оцѣнку. Его нужно постолько оцѣнивать, посколько оно удовлетворяетъ культурѣ и культурнымъ потребностямъ народа. Сообразно культурѣ и ея потребностямъ мы создаемъ идеалъ, которому должно удовлетворять право въ извѣстное время[1]). Позитивизмъ[2]) самъ собой разрушится, если имѣть въ виду проблему законодательства. Если бы содержаніе права было безразлично, то не было бы надобности въ обсужденіи законовъ; было бы совершенно достаточно бросить въ урну различныя юридическія возможности и по жребію вынуть то или иное. Вотъ куда ведетъ позитивизмъ, какъ и вообще всякая теорія права, отрицающая философію права!

---

1) Ср. Lehrb. der Rechtsphilosophie стр. 38 и сл.

2) Вопросъ о томъ, можетъ ли судья оцѣнивать также разумность позитивнаго права и поэтому въ извѣстныхъ случаяхъ объявлять его непримѣнимымъ, въ средніе вѣка неоднократно рѣшался въ утвердительномъ смыслѣ. Еще и теперь этотъ вопросъ имѣетъ значеніе въ Соединенныхъ Штатахъ, хотя особенно въ томъ отношеніи, что неразумные законы отдѣльныхъ штатовъ лишаются силы предъ союзнымъ правомъ, ср. по этому поводу Müller, Z. f. Völkerrecht III, стр. 25. Къ подобному же мнѣнію склоняется въ Германіи т. наз. Школа свободнаго права (Freirechtsschule), которая представляетъ собой только преувеличеніе самого по себѣ правильнаго положенія, что осуществленіе права должно стремиться быть разумнымъ, положеніе, которое и я всегда проводилъ въ жизни, въ особенности въ моемъ: Шекспиръ передъ судомъ юриспруденціи (Shakespeare vor dem Forum der Iurisprudenz). Относительно этого направленія ср. Berliner Kongresz f. Rechtsphilos. im Arch. f. Rechtsphil. III, стр. 526 и сл.; въ новое время Rumpf, Gesetz und Richter (1906), Volk und Recht (1910), Der Strafrichter (1912), Schmitt, Gesetz und Urteil (1912). Не выдерживающей критики съ позитивной точки зрѣнія (стр. 109 и сл.) и неправильной съ точки зрѣнія будущаго права является система Bergbohm'a, стр. 432 и сл. Осуждаемый имъ дуализмъ въ правѣ является съ раннихъ временъ источникомъ прогресса.

Итакъ право создается на основѣ культуры. Но оно, какъ и всякій элементъ культуры, является двуликимъ Янусомъ. Исходя изъ предшествующей культуры, оно способствуетъ подготовленію почвы для культуры грядущей. Вытекая изъ разумныхъ стремленій извѣстнаго періода, оно служитъ прогрессу культуры и вмѣстѣ съ тѣмъ работаетъ надъ созданіемъ новой культуры, а въ то же время надъ разрушеніемъ своей собственной. Каждое право—Эдипъ, убивающій своего отца и начинающій со своей матерью новое поколѣніе.

§ 4. Философія права и ученіе объ эволюціи.

Философія права въ виду вышесказаннаго должна разсматривать право, какъ нѣчто постоянно измѣняющееся и прогрессирующее и представить, какъ оно, покоясь на культурѣ, носитъ на себѣ печать старой культуры и въ то же время прокладываетъ путь культурѣ новой. Поэтому философія права должна стоять на почвѣ эволюціонной теоріи. Всякая философія права, отклоняющаяся отъ эволюціонной теоріи—ложна. Философія права должна стоять на почвѣ общей философіи, ибо невозможно вообще никакое познаніе развитія человѣчества, равно какъ и понятія развитія вообще, если не имѣть представленія объ общемъ міровомъ строѣ и его значеніи. Безъ сомнѣнія философія права возможна лишь на почвѣ идеальной философіи; ея существованіе немыслимо на почвѣ позитивной философіи, которая, основываясь на Кантовскихъ ошибочныхъ положеніяхъ, считаетъ, что намъ вовсе не дано возможности заглянуть за предѣлы міровыхъ явленій [1]).

---

[1]) См. объ этомъ Lehrb. der Rechtsphilosophie стр. 7 и сл., Arch. f. Rechtsphilosophie I стр. 488.

Она невозможна на почвѣ матеріализма, не признающаго вообще существованія чего либо, витающаго надъ міромъ явленій. Философія, на которую право могло бы опереться, можетъ быть только такой, при которой чрезъ явленія проникаютъ въ нѣчто болѣе глубокое. И теорія познанія является лишь постольку философіей, поскольку она насъ подготовляетъ къ воспріятію послѣдующей философіи, метафизики. Кто сводитъ все въ послѣднемъ основаніи къ міру явленій, болѣе или менѣе соотвѣтствующему внѣшнимъ воспріятіямъ, тотъ можетъ удовлетворяться тѣмъ, что нашей задачей является познаніе явленій міра, какъ явленій вселенной, описаніе ихъ и по возможности объясненіе господствующей въ нихъ внѣшней закономѣрности — но это вовсе не философія и не можетъ быть также и философіей права въ нашемъ смыслѣ.

Могутъ возразить на это, что область за границами міра явленій принадлежитъ вѣрѣ, а не знанію, но это неправильно. Вѣра показываетъ намъ въ фантастическихъ краскахъ и образахъ то, что философія должна изобразить въ дѣйствительности. Вѣра стремится охватить помощью одного чувства то, что мы познаемъ нашимъ пытливымъ умомъ изъ наблюденій надъ вселенной. Какъ эстетикъ расчленяетъ на составныя части впечатлѣніе, произведенное на него созерцаніемъ картины и показываетъ намъ, въ чемъ заключается ея значеніе, въ чемъ прелесть и красота изображенія. въ то время, какъ обыкновенный наблюдатель получаетъ сразу однимъ чувственнымъ воспріятіемъ эстетическое наслажденіе, такъ и философія стремится познать необъятное, тогда какъ вѣра воспринимаетъ его въ трепетномъ предчувствіи. Было бы совершенно неправильно пренебречь эстетикой въ виду того, что здѣсь идетъ дѣло о воспріятіи, а не о научномъ познаніи.

Такое же точно отношеніе существуетъ между религіей и философіей.

§ 5. Философія права и общая философія.

Всѣ философскія системы, стремящіяся проникнуть въ глубь вещей, исходятъ изъ принциповъ монизма, или дуализма, смотря по тому, ищутъ ли онѣ первопричину, Божество во вселенной или внѣ ея. Монизмъ переходитъ въ пантеизмъ, когда онъ признаетъ постоянное присутствіе въ мірѣ Божества, на подобіе сіянія, исходящаго изъ одного свѣтящагося пункта. Въ противоположность этому дуализъ ищетъ Божество внѣ міра, оно должно по его мнѣнію такъ или иначе противополагаться міру. Примиреніе между этими двумя началами ищутъ въ сотвореніи міра, въ созданіи его изъ ничего, которое относятъ къ опредѣленному періоду мірозданія.

Однако обѣ системы не столь различны, чтобы нельзя было найти у нихъ точекъ соприкосновенія. И въ особенности дуализъ можетъ легко склониться къ тому, чтобы разсматривать твореніе не какъ единый актъ, но какъ продолжающееся воздѣйствіе Божества. Но уже въ этомъ случаѣ можетъ быть переброшенъ мостъ къ пантеизму.

Наиболѣе чистой и глубокой формой пантеизма является философія Vedânta у индусовъ, въ особенности же въ той формѣ, которая разработана Badarâyana и Çankara[1]).

Съ философіей Vedânta тѣсно соприкасается философія Платона, равно какъ вѣдь и неоплатонизмъ представляетъ собой только возрожденіе системы Yoga.

---

[1]) Составившіе эпоху комментаріи Çankara къ Sûtr'амъ Vedânta, переведены Deussen'омъ (1887) и Thibaut въ его Sacred Books of the East, Vol. XXXIV и XXXVIII. Но философія Vedânta не избавилась отъ ошибокъ теоріи познанія Относительно ея положенія въ индійской философіи и другихъ системъ ученій Sankhya, Kapila, Yoga, Vaischeschika, Lokayata, а также о новѣйшихъ направленіяхъ буддійской философіи ср. мою Abhandlung im Archiv für Rechtsphilosophie V стр. 547 и сл., 606 и сл.

Въ противоположность этому развилась философія Аристотеля[1]), своимъ ученіемъ о высшемъ благѣ приближаясь къ дуализму; такимъ образомъ она сдѣлалась живой опорой томизма, въ то время какъ особенно Scotus Errigena склонялся къ пантеизму, а мистики древнихъ вѣковъ сдѣлались послѣдователями ученія Yoga и неоплатонизма[2]).

Философію Аристотеля и Платона объединилъ Гегель въ своемъ ученіи объ эволюціи: наряду съ Божественнымъ единствомъ выступаетъ міръ явленій, но не какъ разъ навсегда созданное, а какъ постоянное твореніе. Послѣднее, содержа зачатки мудрости и величія, постоянно развивается въ направленіи полнаго совершенства, т. е. Божества; это и есть то, что мы называемъ эволюціей[3]). Если такимъ образомъ мы представляемъ себѣ человѣка, какъ міровое явленіе, то дѣятельность его протекаетъ въ области вездѣсущаго и культура является ничѣмъ инымъ, какъ плодомъ постояннаго воздѣйствія Божескаго величія съ цѣлью осуществить Божественные замыслы. Такимъ путемъ культура пріобрѣтаетъ твердый базисъ, метафизическую глубину и то, что мы здѣсь познаемъ заставляетъ насъ обращать свои взоры назадъ и искать вездѣсущее начало и его проявленіе. Только такимъ путемъ исторія пріобрѣтаетъ значеніе и смыслъ. Она не является болѣе результатомъ событій, а плодомъ постоянной Божественной дѣятельности, она является внѣшнимъ проявленіемъ Божественнаго разума. Ея случайныя явле-

---

[1]) Ср. Lehrbuch der Rechtsphilosophie стр. 7 и сл., Archiv für Rechtsphilosophie V стр. 397 и сл.

[2]) Ср. мой Aufsatz im Arch. f. Rechtsphilosophie V стр. 533 и цитиров. тамъ авторовъ.

[3]) Lehrbuch der Rechtsphilosophie стр. 23 и сл. О великомъ предшественникѣ Гегеля Vico (1668—1744) см. Arch. f. Rechtsphilosophie V стр. 261 и цитированные здѣсь труды Croce. Ср. также Aless. Levi, il diritto naturale nella filosofia di Vico (1910).

нія остаются случайностями эмпирическаго міра, но сливаются съ процессомъ мірового развитія [1]).

По нашему мнѣнію въ исторіи будетъ особенно выдѣляться одинъ моментъ: человѣчество будетъ идти невольно и безсознательно по извѣстнымъ формамъ развитія: во многообразіи отдѣльныхъ лицъ заложена масса однообразныхъ зародышей для дальнѣйшаго развитія, развивающихся помимо сознанія отдѣльныхъ лицъ и принимающихъ все новыя формы. Такъ развились институты брака, семьи, собственности, такъ возникла нравственность, безъ того, чтобы отдѣльные индивидуумы, которые принимали участіе въ развитіи, имѣли бы представленіе о томъ, къ чему стремится это развитіе и чего оно достигаетъ. Ср. ниже стр. 29. Поэтому философское обоснованіе не является только дѣломъ вѣры, но и назначеніемъ науки, даже если при этомъ интуиція и играетъ выдающуюся роль [2]). Цѣлый рядъ явленій человѣческой жизни немыслимъ, если не имѣть въ виду идею вѣчности. Въ особенности понятіе о винѣ и въ связи съ нимъ понятіе о свободѣ воли невозможно создать на почвѣ матеріалистической или позитивной философіи. Вѣдь многіе старались понятіе о волѣ и о винѣ отнести къ области вѣры или вымысла, такъ какъ не могли объяснить эти понятія путемъ позитивизма! Еще гораздо менѣе понятны явленія органическаго міра и исторіи

---

[1]) Ср. по этому вопросу мою Abhandlung im Arch. f. Rechtsphil III стр. 321 и Lasson, Geschichtswissenschhft und Philosophie (in der Delbrückfestschrift).

[2]) Въ этомъ направленіи особенно новѣйшіе французскіе ученые Boutroux и Bergson писали противъ стремленія матеріалистовъ все сводить къ элементарнымъ истинамъ. (Zweimalzweikult). О томъ, что метафизика является не только художественнымъ созданіемъ, которое соотвѣтственно своему назначенію должно служить дѣлу обогащенія міра идей, но также является ученіемъ съ предначертанной задачей—приближаться возможно ближе къ истинѣ, объ этомъ я упомянулъ въ Archiv für Rechtsphilosophie I стр. 12.

съ ихъ удивительной цѣлесообразностью, если только не положить въ основаніе ихъ существо, дѣйствующее въ опредѣленномъ направленіи, существо, которому подчиняется міръ явленій. Благодаря ему міровое явленіе получаетъ силу.

Если мы можемъ такимъ путемъ, минуя чувственный міръ, доказать сверхчувственное, то мы переносимся въ область науки, а не вѣры. Подобно этому астрономія имѣетъ дѣло не только съ тѣми созвѣздіями, которыя мы видимъ, но и съ тѣми, положеніе которыхъ мы можемъ только вычислить, познать изъ факта нарушенія движенія другихъ, за движеніемъ которыхъ мы можемъ слѣдить. Наука должна исходить изъ чувственнаго явленія, но ошибкой, которой страдаетъ рядъ новыхъ системъ, со временъ Канта, является то, что наука, по ихъ мнѣнію, должна останавливаться на чувственномъ явленіи и не стремиться, пренебрегая этимъ, проникнуть въ сверхчувственное.

§ 6. Новыя задачи философіи права.

Послѣ этого философскаго обоснованія, задача философіи права намѣчается ясно: событія исторіи права мы должны изображать въ связи со всей исторіей культуры, мы должны постараться опредѣлить значеніе исторіи культуры въ міровомъ строѣ и изслѣдовать, какое вліяніе занимаетъ въ развитіи культуры и вмѣстѣ съ тѣмъ въ развитіи мірозданія каждый правовой институтъ и его исторія. Только такимъ образомъ возможно существованіе исторіи философіи права въ нашемъ смыслѣ. Если мы будемъ имѣть въ виду только стремленія и цѣли современнаго развитія и сообразно этому опредѣлимъ, какъ слѣдуетъ изобразить современное право, то мы не создадимъ философіи права въ нашемъ смыслѣ; это является задачей политики права: она въ лучшемъ случаѣ ведетъ насъ къ позна-

нію извѣстной ступени культуры, а не къ уясненію значенія права въ исторіи мірозданія.

Этимъ произнесенъ приговоръ тому „ученію о правѣ“, которое дѣлаетъ какую-то смѣсь изъ римскаго и германскаго права, совершенно не думая о томъ, что и на Востокѣ существовало свое оригинальное право и что англійское и англо-американское право носятъ черты, значительно уклоняющіяся отъ этихъ правовыхъ ученій. Только значеніе всеобщаго права даетъ намъ почву для созданія философіи права, такъ какъ только въ такомъ случаѣ мы можемъ признать право факторомъ дальнѣйшей эволюціи.

Еще менѣе мы можемъ назвать философіей права то изображеніе права, которое выводитъ его изъ различныхъ утилитарныхъ стремленій. Поскольку это направленіе совпадаетъ съ предыдущимъ, просто разсматривая новыя цѣли и намѣренія и въ связи съ этимъ современныя правовыя учрежденія, постолько имѣетъ для него значеніе все вышесказанное. Но если мы пріймемъ во вниманіе главное назначеніе философіи права, — нарисовать картину эволюціи права вообще, то мы должны признать, что это направленіе является ничего не выражающимъ и ошибочномъ въ самомъ корнѣ своемъ. Если мы разсматриваемъ стремленіе къ цѣли, какъ стремленіе къ познанію основаній Божественнаго развитія міра, то до тѣхъ поръ мы ничего не скажемъ однимъ обозначеніемъ цѣли въ области права, пока міровая эволюція и ея цѣли не будутъ выяснены или по крайней мѣрѣ намѣчены. Но если мы полагаемъ, что всѣ цѣли и намѣренія отдѣльнаго человѣка или всего человѣчества служатъ только къ достиженію счастья, если мы будемъ убѣждены, что эгоистическія стремленія отдѣльныхъ лицъ, всюду старающихся найти для себя наилучшее, или объединенный эгоизмъ многихъ лицъ, имѣющихъ въ виду всеобщее благо, способствующее счастью отдѣль-

ныхъ лицъ, что именно это является правомочнымъ создателемъ правового порядка, то тогда философствующее ученіе о цѣляхъ переходитъ въ какой то безсодержательный эвдемонизмъ, управляемый въ корнѣ своемъ столь же ошибочнымъ, сколь и неосновательнымъ преоположеніемъ, что возможно болѣе полное счастье является вѣнцомъ человѣческихъ вожделѣній. Это мнѣніе совершенно ошибочно, такъ какъ въ концѣ концовъ недалекій человѣкъ, живущій исключительно внѣшней жизнью, съ весьма ограниченнымъ кругозоромъ, согласно этой эвдемонистической точкѣ зрѣнія можетъ быть названъ необыкновенно счастливымъ въ противоположность тому человѣку, который, какъ Фаустъ, стремится впередъ и борется. Согласно этой теоріи изобрѣтатель стерилизованнаго молока болѣе великій человѣкъ, нежели Гомеръ и Гете, а устройство общественныхъ столовыхъ—болѣе важное дѣяніе, чѣмъ созданіе Тристана! И если мы это положеніе распространимъ на все человѣчество и скажемъ, что та нація является самой великой, которая въ то-же время наиболѣе счастлива, то этимъ мы нанесемъ пощечину всей культурѣ. Несомнѣнно, что то время, которое произвело величайшихъ мыслителей, поэтовъ, художниковъ, музыкантовъ и скульпторовъ не носило на себѣ печать величайшаго счастья. Ни вѣкъ Перикла, ни Quattrocento, ни эпоха Рафаэля не могутъ быть названы самыми счастливыми временами. Но неопровержимой истиной представляется даже не особенно глубокому уму воззрѣніе, что та нація, которая создаетъ самое великое въ области культуры, является величайшей и наиболѣе отвѣчающей цѣлямъ мірозданія, а не та, гдѣ филистеры проживаютъ свои счастливые дни: да здравствуютъ филистеры въ ихъ уютныхъ жилищахъ! Далеко ввысь возносится пѣснь объ этихъ достойныхъ людяхъ, она звучитъ какъ звукъ органа и колокола звонъ!

§ 7. Гегель и послѣдующіе философы.

Основаніе философіи права, какъ науки, послѣ побѣды надъ схоластикой и естественнымъ правомъ было безсмертнымъ твореніемъ Гегеля. Со времени схоластики онъ былъ первымъ, приведшимъ снова право въ связь съ міровымъ развитіемъ и придавшимъ этимъ ему новое безконечное основаніе. Это покажется тѣмъ болѣе достойнымъ удивленія, если мы разсмотримъ предшественниковъ и въ особенности Канта.

Кантъ, благодаря своему критицизму, былъ безсиленъ въ отношеніи къ метафизикѣ и его міровоззрѣніе не давало ему никакихъ основъ ни для морали, ни для права. Поэтому онъ могъ соорудить лишь жалкую постройку для своей философіи права изъ остатковъ естественно-правовыхъ, индивидуалистическихъ воззрѣній, прійдя къ положенію: „Правымъ будетъ всякое дѣяніе, которое само по своему принципу допускаетъ совмѣстное существованіе свободнаго произвола одного съ произволомъ другихъ подъ однимъ общимъ закономъ".

Существенно здѣсь то, что сохраняется по возможности произволъ каждаго и что правомъ является взаимное ограниченіе воли, — недостойный взглядъ, становящійся еще хуже чрезъ его возмутительное представленіе о бракѣ, цѣль каковаго состоитъ въ томъ, чтобы одинъ изъ супруговъ передавалъ другому свои половые органы и вмѣстѣ съ тѣмъ все свое тѣло, извѣстнымъ образомъ какъ бы вещь. (Rechtslehre, Einleitung § C; I, 2, § 25).

Но категорическій императивъ Канта представляетъ собой не что иное, какъ „вліяніе соціальной массы на отдѣльное лицо" въ силу „связи каждаго отдѣльнаго человѣка со всѣмъ человѣчествомъ и его многовѣковою дѣятельностью" [1]).

---

[1]) Arch. f. Rechtsphilosophie III стр. 168.

Фихте также въ значительной степени является еще сторонникомъ естественнаго права, въ особенности въ той части своего ученія, гдѣ онъ касается государства и уголовнаго права, въ то время какъ по другимъ вопросамъ, а въ особенности своей характеристикой брака, онъ стоитъ значительно выше Канта[1]).

Шеллингъ своимъ изслѣдованіемъ о духѣ народа и прежде всего своимъ обоснованіемъ философіи тождества въ сильной степени подготовилъ почву философіи права[2]).

Въ противоположность Канту Гегель можетъ созидать на основѣ великихъ выводовъ философіи тождества. Для него міровая эволюція является чѣмъ то вѣчнымъ и изъ этой эволюціи возникаетъ право. Онъ конструируетъ право, какъ идею свободы и съ этимъ связываетъ все свое метафизическое міровоззрѣніе. Ибо если міровая мысль выражается въ свободѣ. т. е. въ свободной личности, то она можетъ это сдѣлать только въ видѣ права. Право такимъ образомъ есть способъ, благодаря которому великое всеобщее находитъ свое развитіе въ свободныхъ отдѣльныхъ лицахъ. И вмѣстѣ съ тѣмъ само собой разумѣется, что право есть отраженіе мірозданія, въ которомъ мы всѣ живемъ и дѣйствуемъ. Такимъ образомъ великій пантеизмъ Гегеля, подобный индійскому пантеизму, господствуетъ и въ его системѣ права[3]).

---

[1]) Ср. мою Analyse des Fichteschen Naturrechts im Arch. f. Rechtsphil. III стр. 172. Его ученіе о нравахъ сильно преувеличено (въ особенности что касается выставляемой имъ обязанности правдивости). Впрочемъ его система претерпѣла значительныя измѣненія, о которыхъ я здѣсь не буду говорить, ср. Ravà, Introduzione allo studio della filosofia di Fichte (1910).

[2]) Ср. о немъ Arch. f. Rechtsphil. I стр. 487 и сл.

[3]) Ср. мой трудъ: Hegels Rechtsphilosophie, im Archiv f. Rechtsphil. V стр. 104. Ср. также мою работу „Recht“ стр. 7 и сл. Новое превосходное изданіе „Философіи права“ Гегеля принадлежитъ Георгу Лассону (1911).

Великія идеи Гегеля перешли безъ сомнѣнія къ слабому поколѣнію. Прямо удивительно, когда слабые послѣдователи въ родѣ напр. Рёдера (Grundzüge des Naturrechts, 2. Aufl. I стр. 261) мудрятъ надъ этими положеніями, уподобляясь хромому, который всѣми силами старается взойти на гору. Онъ полагаетъ, что нравственная свобода, хотя и является благомъ жизни, но не представляетъ собой ни всего добра, ни даже самого права. Она только форма, а не содержаніе разумной жизни. Встрѣчаютъ у него и другія подобныя мнѣнія. Величественный пантеизмъ Гегеля и то значеніе, которое занимала идея и культъ свободы въ образованіи правового порядка въ этомъ пантеизмѣ, остались скрытыми для этихъ послѣдователей[1]).

И великое положеніе: „что дѣйствительно, то разумно", высказанное Гегелемъ во введеніи къ его Philosophie des Rechts стр. 17, это столь часто оспариваемое и осмѣиваемое положеніе, которое многіе представляли какъ признакъ квіетизма или маразма государственнаго, является краеугольнымъ камнемъ міровой исторіи. Ибо все существующее исполняетъ свою задачу въ развитіи и работаетъ надъ продолженіемъ мірового процесса, хотя бы даже это было дѣяніе дьявола. Это положеніе съ точки зрѣнія историческаго развитія такъ понятно, что непризнаніе его является далеко не благопріятнымъ признакомъ для философскаго пониманія человѣчества. Рёдеръ, I, стр. 39 даже рѣшается говорить здѣсь о „дерзкомъ утвержденіи" Гегеля. Да и я самъ получилъ неправильную оцѣнку, когда я выставилъ въ своемъ „Шекспирѣ" положеніе, что прогрессъ міровой исторіи движется также и несправедливостью и что судьба шагаетъ по трупамъ. Меня упрекали въ томъ, что я этимъ оправдываю на-

---

[1]) По этому поводу прекрасно у Lasson'a, System der Rechtsphilosophie стр. 271.

сильственныя дѣйствія, ауто да фэ и преслѣдованія евреевъ. Было бы излишне что либо возразить на это,— мы, къ счастью, перешагнули черезъ Іеринга. Также величественно представленіе Гегеля о бракѣ (Philosophie des Rechts, § 161), который, по его мнѣнію, заключаетъ въ себѣ два момента, именно осуществленіе и развитіе рода и затѣмъ единеніе половъ, превращающееся въ духовную любовь.

Государство онъ изображаетъ (§ 257), нѣсколько преувеличивая, какъ „осуществленіе нравственной идеи"; а трудъ Савиньи о „Призваніи нашего времени къ кодификаціи" находитъ себѣ у него порицаніе (онъ говоритъ, что это было бы однимъ изъ наиболѣе тяжкихъ оскорбленій, которыя только можно нанесть націи).

Нужно однако признать, что и этотъ мыслитель не всегда оставался вѣренъ себѣ. Въ философіи права и философіи религіи его ошибкой было то, что онъ извѣстныя учрежденія и ступени развитія—которыя мы съ нашей точки зрѣнія должны признать несомнѣнно пріобрѣтеніями первостепенной важности, но все же лишь историческими пріобрѣтеніями находящагося въ постоянномъ движеніи стремленія къ развитію — изобразилъ какъ нѣчто абсолютное и какъ конечный пунктъ развитія вообще, какъ если бы книга Кліо была бы уже закончена и мы не должны бы были ожидать еще многихъ страницъ развитія. Одинаково неправильно, когда онъ опредѣлялъ конституціонную монархію, какъ абсолютную государственную форму и когда онъ разсматривалъ развитіе, которое получили въ опредѣленную эпоху идеи христіанства, какъ абсолютную религію. И то и другое съ современной нашей точки зрѣнія можетъ являться самымъ блестящимъ моментомъ пріобрѣтеній человѣчества, но всегда мы можемъ говорить только о теперешнемъ нашемъ представленіи, а не о тѣхъ временахъ, которыя еще предстоятъ въ будущемъ,

о развитiи которыхъ мы не можемъ составить опредѣленнаго мнѣнiя. Точно также его взгляды объ абстрактномъ правѣ, въ особенности о собственности, свидѣтельствуютъ о его естественно-правовой, неисторической точкѣ зрѣнiя[1]).

Но это нѣкоторыя ограниченiя, которыя были усвоены Гегелемъ подъ влiянiемъ естественнаго права и которыя являются тѣмъ болѣе понятными, если принять во вниманiе какъ мощно охватывало тогда все естественное право. Нельзя отрицать влiянiя Гегеля и Шеллинга на историческую школу, хотя Савиньи и Пухта въ своихъ философскихъ воззрѣнiяхъ не могли отрѣшиться отъ дилетантизма и не пожелали примкнуть къ Гегелю[2]). Впрочемъ послѣдующая эпоха не можетъ указать ничего подобнаго вышедшей 25 Iюня 1820 года „Философiи права" Гегеля. И прямо таки удивительно, какъ великiй пантеизмъ Гегеля мельчаетъ въ трудахъ Краузе, Аренса и Рёдера.

На мѣсто всеобщности развитiя, на мѣсто мiрового движенiя, въ которомъ отдѣльное лицо дѣйствуетъ только лишь какъ часть цѣлаго, вступаетъ снова естественно правовой индивидуализмъ и сущностью права должно быть — содѣйствовать тому, чтобы отдѣльный человѣкъ достигалъ своего полнаго развитiя. Болѣе всего страннымъ кажется то, что этотъ великiй мiровой пантеизмъ до такой степени былъ неправильно понятъ, что многiе боялись (какъ напр. Аренсъ) гибели отдѣльной личности съ ея достоинствомъ и свободой! Этого можетъ бояться только тотъ, кто не въ состоянiи соединить самостоятельности отдѣльнаго лица съ его

---

[1]) Ср. по этому поводу мою Besprechung, Archiv f. Rechtsphilos. V стр. 110.

[2]) Ср. по этому поводу Brie въ Arch. f. Rechtsphil. II стр. 1 и сл., 179 и сл., Kantorowicz, Volksgeist und historische Rechtsschule, Historische Z. 108 стр. 295 и сл., гдѣ помѣщена дальнѣйшая литература.

метафизической принадлежностью къ великому міровому цѣлому; и тотъ, кто этого не можетъ сдѣлать, тотъ этимъ самымъ показываетъ, что онъ далекъ отъ спекулятивнаго мышленія.

Шопенгауэръ, имѣющій за собой много заслугъ, какъ въ области метафизики, такъ и особенно въ области ученія о нравственности, обратившій первый вниманіе на философію индусовъ съ ея безпредѣльной глубиной, къ сожалѣнію развилъ далѣе философію права только въ отдѣльныхъ пунктахъ. Мы находимъ у него мѣстами перлы яснаго, проникающаго въ глубь вещей, воззрѣнія и мысли, освѣщенной вѣчнымъ солнцемъ мірозданія, но нигдѣ мы не видимъ у него выработанной системы философіи права или даже хотя бы попытки къ этому [1]).

Также и Эдуардъ Гартманъ, которому много обязаны въ особенности ученіе о нравственности и его обоснованіе, не развилъ далѣе философско-правовой системы Гегеля. Въ значительной степени содѣйствовалъ дальнѣйшему развитію философіи права и философіи вообще Ницше; онъ отдѣлилъ право отъ другихъ нравственныхъ воззрѣній, рельефно подчеркнулъ значеніе генія въ культурномъ мірѣ и углубилъ наше знаніе объ эволюціи человѣчества и о назначеніи государства [2]).

---

[1]) Ср. Weigl, Die politischen und sozialen Anschauungen Schopenhauers (1899), въ особенности стр. 7 и сл. объ „ученіи о правѣ“; Damm, Schopenhauers Rechts-und Staatsphilosophie (1901), особенно стр. 20 и сл., 29 и сл., Warschauer, Schopenhauers Rechts-und Staatslehre (1910). Въ ученіи о государствѣ онъ склонялся къ договорной теоріи, въ уголовномъ правѣ къ теоріи устрашенія. Но наиболѣе выдающимися и плодотворными были его мысли о чести и контрафакціи. Ср. также Koch, Schopenhauers Abhandlung über die Freiheit des menschlichen Willens (1891), и Neumark, Freiheitslehre bei Kant und Schopenhauer (1896).

[2]) Относительно Философіи права Ницше ср. Archiv f. Rechtsphil. I стр. 355.

Большое значеніе имѣетъ, построенное на воззрѣніяхъ Гегеля, сочиненіе Лассона „Rechtsphilosophie" (1882), который въ различныхъ вопросахъ идетъ далѣе своего учителя. Конечно я не могу согласиться съ переоцѣнкой Никомаховой Этики (стр. 58); да и то, что онъ говоритъ о правѣ первобытныхъ народовъ (стр. 263), онъ не утверждалъ бы въ настоящее время. Это мнѣніе было высказано въ тѣ времена, когда сравнительная юриспруденція находилась еще въ стадіи несерьезнаго дилетантизма.

Я оставляю безъ вниманія „Философію права" Шталя съ ея постоянными наставленіями Гегелю, съ ея отталкивающимъ, всегда предвзятымъ характеромъ и духомъ обскурантизма (ср. напр. I стр. 428; 458).

Англичане—сторонники естественнаго права, какъ напр. Augustin и Holland (Elements of Iurisprudence 2 изд. 1882), стоятъ на той ступени разсмотрѣнія вопроса, которую мы давно оставили позади себя. Я не буду входить въ разсмотрѣніе неудачнаго вступленія въ этотъ споръ Гербарта. Точно также безплодныя стремленія новокантіанцевъ, прежде всего Stammler'a съ его ложнымъ методомъ и призракомъ „правильнаго" права, не могутъ привлечь къ себѣ вниманія [1]).

Остается только указать еще на одну работу, которая выступаетъ съ очень серьезнымъ намѣреніемъ, желая создать впервые единственно годную философію права, точно Гегель въ дѣйствительности ничего не достигъ; сама же она прямо таки ничего не даетъ и не приходитъ ни къ какому устойчивому результату. Это— „Zweck im Recht" (Цѣль въ правѣ), т. I и II Іеринга. Этотъ трудъ не имѣетъ никакой метафизической основы, онъ весь построенъ на пескѣ: разъ отдѣльныя лица и

---

[1]) Ср. по этому вопросу мои изысканія въ Arch. f. Rechtsphil. I стр. 4 и сл., Kantorowicz ibidem II стр. 42, Berolzheimer ibidem V стр. 311.

общества существуютъ, то стоитъ ли далѣе заботиться объ ихъ философскомъ обоснованіи? Къ чему философствовать о пространствѣ и времени? Въ дѣйствительности же метафизика Іеринга находится приблизительно въ такомъ же состояніи, какъ метафизика фризійскаго деревенскаго пастора; да и самъ онъ признается, что въ свое время не вдумывался въ образъ мышленія Гегеля (Предисловіе I стр. VIII).

По его мнѣнію, не причинность, а цѣль создаетъ право. Это высказывается, какъ великое открытіе. На самомъ дѣлѣ это ничто иное, какъ ослабленная, разжиженная пантеистическая теорія развитія. То, что въ высшей области философіи само собою понятно: развитіе мірозданія съ внутреннимъ, присущимъ ему стремленіемъ къ цѣли, переводится на языкъ философствующаго тривіума. Стремленіе къ цѣли у каждаго отдѣльнаго лица конечно прежде всего эгоистическое, но оно становится нравственностью лишь тогда, когда выступаетъ на сцену не эгоизъ отдѣльнаго лица, а эгоизмъ общества. Что же это за цѣли, которыя преслѣдуетъ эгоизмъ общества? Цѣли благосостоянія, счастья, возвышеннаго образа мыслей? На это мы получаемъ весьма сбивчивые отвѣты (II стр. 204). Впрочемъ, дѣятельность общественнаго эгоизма есть нѣчто второстепенное, выступающее лишь по истеченіи столѣтій, какъ, покоряющій себѣ отдѣльныхъ лицъ, взглядъ, противорѣчащій первымъ годамъ исторіи, такъ какъ, заглядывая въ самое далекое прошлое, мы находимъ у человѣчества альтруистическія стремленія. Любовь къ дѣтямъ и гостепріимство древнѣе собственности. Соціальныя стремленія вначалѣ значительно преобладаютъ, эгоизмъ отдѣльнаго лица развивается лишь впослѣдствіи [1]). Если нѣкоторые полагаютъ еще, что гостепрі-

---

[1]) Мѣтко замѣчаетъ Haas, Über den Einflusz der epikureischen Staats-und Rechtsphilosophie auf die Philosophie des 16 und 17 Jahrh., стр. 114: „Характерную особенность людей, стоящихъ

имство возникло лишь въ позднѣйшія времена, то это только свидѣтельствуетъ о полнѣйшемъ непониманіи мышленія и жизни первобытныхъ народовъ. Весь этотъ способъ разсмотрѣнія переворачиваетъ всю исторію вверхъ ногами.

Но разъ это обоснованіе нравственности неправильно, то и наблюденія надъ нравами лишены этнологической подкладки и потому носятъ дилетантскій характеръ и несостоятельны. Такъ во II т., стр. 312 трактуется о происхожденіи траурной одежды безъ представленія о томъ, чѣмъ было вначалѣ траурное одѣяніе, что оно было первоначально маскировкой, надѣтой для того, чтобы защититься отъ духа покойнаго и стать для него неузнаваемымъ. Вообще весь потокъ религіозныхъ представленій, начиная съ Тотемизма и кончая культомъ Маниту, остается непонятымъ и оставленнымъ безъ вниманія, точно все человѣчество съ незапамятныхъ временъ состояло изъ толетяковъ, обитателей Фризіи. Я не говорю о посмертномъ произведеніи „Vorgeschichte der Indoeuropäer" (Первоначальная исторія индоевропейцевъ) (1894), изъ котораго выясняется вся ничтожность основного начала, изъ желанія пощадить автора, который самъ не издалъ этой книги. И въ самомъ дѣлѣ, если прочесть философію права Гегеля и затѣмъ снизойти къ жалкимъ произведеніямъ Аренса, Краузе и Рёдера, то получается тоже впечатлѣніе, какое насъ охватываетъ тогда, когда мы покидаемъ прекрасный дворецъ въ стилѣ рококо, гдѣ собраны сокровища столѣтій, гдѣ мебель правда

на низкой ступени развитія, составляетъ то, что ихъ общественный инстинктъ обладаетъ такой чрезвычайной устойчивостью, что идея личнаго интереса у нихъ совершенно отсутствуетъ". Правильно: это подрываетъ въ корень эпикурейскую философію о нравственности. Относительно возникновенія альтруизма ср. также Stern, Krit. Grundlegung der Ethik стр. 313 и сл. и Die Allgemeinen Grundlagen der Ethik стр. 8 и сл.

нѣсколько страннаго образца, многое старомодно и полиняло, но въ общемъ уютно, богато и пріятно, съ тѣмъ, чтобы затѣмъ проникнуть въ незатѣйливый домъ горожанина, гдѣ хозяйка работаетъ, не покладая рукъ и гдѣ все прилично держится по направленію къ потолку. Если же перейти къ „Zweck im Recht" Іеринга, то испытываешь ощущеніе какъ при входѣ въ комнату бѣдняковъ, гдѣ полъ усыпанъ пескомъ, окна увѣшаны старенькими занавѣсками, насколько этого требуетъ приличіе, и гдѣ все принаровлено къ пользѣ: перелицованныя платья и одежда одного покроя — все показываваетъ, что скупятся надъ каждой четвертушкой матеріи; ковры здѣсь конечно давно уже выведены изъ обихода, такъ какъ ни для чего не годятся и могутъ послужить развѣ только во вредъ легкимъ. Столь неутѣшительнымъ представляется намъ время послѣ Гегеля; кажется, что все богатство идей, собранное трудами такихъ умовъ, какъ Абеляръ, Ѳома и Спиноза, злымъ волшебствомъ похищено и на мѣсто его остались только нищета и скудомысліе[1]). Но на этомъ не могли остановиться; пробудилась философская мысль и для философіи права должны были настать новые счастливые дни.

Основываясь на старыхъ философскихъ ученіяхъ, но вооруженный вполнѣ самостоятельнымъ критическимъ умомъ и тонкимъ анализомъ, писалъ Berolzheimer и въ своемъ великомъ твореніи „System der

---

[1]) Мой взглядъ на Философію права Іеринга подвергался нападкамъ, но никѣмъ не былъ опровергнутъ. Къ такому же выводу приходитъ и Gierke, Savignyzeitschrift Germ. Abt. XXXII стр. 356. Брань по моему адресу я оставляю безъ возраженія, она падаетъ на тѣхъ, которые ее произносятъ. Во всякомъ случаѣ, если никто не сказалъ ничего лучшаго, чѣмъ Landsberg, то опроверженія прійдется ждать очень долго. Противъ Іеринга высказался также Meltzl, Das Recht als Verpflichtung (1911) стр. 88.

Rechts-und Wissenschaftsphilosophie" I—V (1904—1907) могучей рукой подвинулъ впередъ не только правовѣденіе вообще, но прежде всего и философію права[1]. Онъ предшественникъ новогегеліанцевъ, которые переняли у Гегеля его метафизическія понятія объ эволюціи, но тѣмъ усовершенствовали его міръ образовъ, что не замыкали болѣе эволюціи въ категорію функцій мышленія, но признавали, что эволюція въ области эмпирической завоевываетъ себѣ необычайно много различныхъ путей для достиженія своихъ цѣлей, подобно тому, какъ органическое развитіе въ мірѣ растеній совершается въ безконечно разнообразныхъ формахъ. Поэтому необходимымъ восполненіемъ метафизической эволюціонной идеи является не діалектика, а изученіе внѣшняго міра съ его необычайнымъ разнообразіемъ и богатствомъ, но прежде всего для этого необходимо познаніе человѣчества въ самыхъ различныхъ областяхъ его духовной жизни и во всѣхъ многообразныхъ формахъ его дѣятельности[2]. Этимъ взглядамъ слѣдуетъ мое изложеніе въ 1 изданіи этой энциклопедіи (Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorf), а также моя „Einführung in die Rechtswissenschaft" (въ настоящее время 4 изд. 1912), они получили свое полное выраженіе въ „Lehrbuch der Rechtsphilosophie" (1909)[3]) и въ различныхъ статьяхъ, помѣщенныхъ въ учрежденномъ Berolzheimer'омъ и мною „Archiv für

[1]) Ср. также Berolzheimer, Arch. f. Rechtsphil. III стр. 193.

[2]) Ср. также Brunstäd, Untersuchungen zu Hegels Geschichtsphilosophie (1909).

[3]) Ср. по этому поводу Lasson, Archiv f. Rechtsphil. II стр. 318, Castellejo, Kohlers Philosophie und Rechtslehre (переводъ Sternberg'a) ibidem IV стр. 56, 264. Этотъ учебникъ былъ переведенъ въ Америкѣ на англійскій языкъ: The philosophy of Law, translated by A. Albrecht. Ср. также Bevilaqua in der Akademie zu Rio de Janeiro (zur Aufnahme von Pedro Lessa) стр. 47 I (1910); Barillari, Diritto e filosofia I стр. 189 (1910), II стр. 83 и сл. (1912).

Rechts-und Wirtschaftsphilosophie" (теперь въ 5 томахъ), [1]) который посвященъ разработкѣ философіи права.

§ 8. Философія и всеобщая исторія права.

Отношеніе между философіей права и универсальной исторіей права выяснится изъ слѣдующаго. Универсальная исторія права должна показать, какъ право развивалось исторически и затѣмъ въ связи съ исторіей культуры изобразить, какія культурныя послѣдствія были соединены съ правомъ, какъ правомъ обусловлена культурная жизнь народа и какъ благодаря ему ускоряется культурный прогрессъ [2]). Разъ мы стоимъ на этой почвѣ, то философія права должна намъ показать значеніе, которое сыгралъ правовой порядокъ въ телеологическомъ развитіи мірового процесса и ту роль, которую онъ еще долженъ сыграть среди различныхъ культурныхъ отношеній. Далѣе, философія права должна намѣтить намъ, какихъ цѣлей должно достигнуть человѣчество подъ охраной правового порядка и какимъ образомъ право принимаетъ участіе въ опредѣленіи міровыхъ событій. Безъ всеобщей исторіи права также невозможна удовлетворительная философія права, какъ безъ всеобщей исторіи философія человѣчества или безъ лингвистики философія языка. Современная философія права представляетъ собою, какъ уже замѣчено, новогегеліанство, родственное всеобщей исторіи права.

Изъ сказаннаго также ясно какъ несправедливы тѣ, которые полагаютъ, что для философіи права

[1]) Ср. мои статьи въ Archiv f. Rechtsphil. I стр. 3 и сл., 192 и сл., 227 и сл., II стр. 445, IV стр. 558, Berolzheimer ibidem I стр. 437, III стр. 28.

[2]) Относительно страннымъ образомъ оспариваемаго понятія культуры ср. Arch. f. Rechtsphil III стр. 170, 501 и сл., Einführung in die Rechtswissenschaft (4 изд.) стр. 4.

не имѣетъ значенія изученіе всеобщей исторіи права. Они это сравниваютъ съ тѣмъ положеніемъ, если бы мы нашу современную математику низвели бы до математическихъ представленій краснокожихъ и хотѣли бы отбросить въ сторону тысячелѣтнее развитіе. Въ математикѣ и въ естественныхъ наукахъ дѣло идетъ о лежащемъ внѣ человѣка, что познается болѣе или менѣе хорошо. Въ этомъ отношеніи намъ конечно никогда не надо будетъ учиться у первобытныхъ народовъ. Но право, также какъ языкъ, не является чѣмъ то находящимся внѣ человѣка, но созданнымъ человѣкомъ и заключеннымъ въ самомъ человѣкѣ. Если мы разсматриваемъ его, а также языкъ и религію, какъ явленіе культурнаго періода и при этомъ стараемся изобразить отношеніе развитія права къ образованію культуры, то мы находимся на истинномъ пути, подобно палеонтологу, который не останавливается на данномъ составѣ почвы, а обращается и къ прежнимъ временамъ и показываетъ, какъ изъ простого получается болѣе развитое, изъ слабаго сильное, изъ несовершеннаго совершенное. Мы разсматриваемъ право не какъ отраженіе явленія, стоящаго внѣ человѣка, каковое у первобытныхъ народовъ отражается неясно еще, а у насъ въ ясной формѣ, а какъ произведеніе человѣчества, представляющее интересъ во всѣхъ областяхъ, гдѣ мы его наблюдаемъ, такъ какъ оно изображаетъ намъ человѣка и развитіе человѣчества. И точно также изученіе права является вмѣстѣ съ тѣмъ и изученіемъ человѣка, изученіемъ одного изъ разнообразныхъ твореній человѣческаго духа, которое мы должны прослѣдить по различнымъ ступенямъ развитія [1]).

---

[1]) Относительно италіанскихъ и испанскихъ философовъ права ср. Lehrb. der Rechtsphil. стр. 214, а также Filomusi Guelfi, della filosofia del diritto in Italia dalla fine del sec. XVIII alla fine del sec. XIX (1911); въ Венгріи также усердно занимаются изученіемъ философіи права, ср. статьи въ Arch. f. Rechtsphil. I стр. 315, III стр. 48.

§ 9. Философія и политика права.

Философія не тождественна съ политикой права. Послѣдняя имѣетъ своей задачей показать, какая система права въ данномъ періодѣ культуры является наилучшей. Она—произведеніе того времени, которое изъ наивной, безсознательной сферы развитія приходитъ къ созданію права сознательнаго, законодательнаго, гдѣ мы уже не изучаемъ и не наблюдаемъ право, а самостоятельно работаемъ надъ его дальнѣйшимъ развитіемъ. Несомнѣнно и политика права имѣетъ полное право на существованіе. Это само собой вытекаетъ изъ вышесказаннаго. Если право различныхъ народовъ и не едино, если оно измѣняется въ зависимости отъ времени и жизненныхъ отношеній, то все же право извѣстнаго періода, момента времени, хотя и не опредѣлено въ точности народной эволюціей, такъ какъ вѣдь и въ области права случай играетъ роль, но позволяетъ таки сказать, что извѣстное право болѣе или менѣе отвѣчаетъ ходу эволюціи и требованіямъ мірового духа, и болѣе или менѣе споспѣшествуетъ тѣмъ цѣлямъ, къ которымъ стремится въ данное время прогрессъ, что одно право цѣннѣе поэтому другого и въ силу этого политика права является цѣнительницей и ея задачей является давать оцѣнку. Здѣсь понять справедливое, тамъ указать, что больше, что меньше соотвѣтствуетъ ея цѣлямъ и что можетъ наилучше примирить различные противоположные интересы, и, гдѣ подобное примиреніе невозможно, что доставляетъ меньшій уронъ цѣннѣйшему интересу—вотъ задача политики права. Такимъ образомъ она является прекраснымъ вспомогательнымъ средствомъ для законодателя. Мы можемъ принять или отвергнуть значеніе неформальнаго договора, смотря по тому, желаемъ ли мы увеличенія оборота или нѣтъ; мы можемъ ограничить или расширить вексельную правоспособность,

2018695404



предоставить свободному усмотрѣнію заключеніе брака или обставить его извѣстными условіями; мы можемъ сдѣлать свободной земельную собственность или нѣтъ, мы можемъ залоговое право, напримѣръ гипотеку, противопоставить недвижимой собственности и такимъ образомъ раздробить цѣльное и недвижимое на движимыя цѣнности, или мы признаемъ это ошибкой и уменьшимъ значеніе правъ на движимыя вещи. Мы можемъ сдѣлать совершенно свободнымъ право наслѣдованія, можемъ уравнять права отдѣльныхъ наслѣдниковъ или ограничить право распоряженія и установить преимущества. Здѣсь юристъ становится сознательнымъ сотрудникомъ въ осуществленіи міровой идеи и міровой исторіи.

Въ особенности можетъ быть намъ здѣсь полезна сила правовой фантазіи, такъ какъ она даетъ возможность эксперимента: она намъ позволяетъ придумать множество новыхъ случаевъ, гдѣ положенія права находятъ себѣ примѣненіе и такіе характерные случаи лучше всего покажутъ намъ, правы мы или нѣтъ.

При этомъ нужно имѣть въ виду еще слѣдующее. Политика права вовсе не должна удовлетворяться только тѣмъ, чтобы изложить желательное народному сознанію, ибо политика права прогрессивна, а народное сознаніе по большей части ультра—консервативно; послѣднее живетъ въ мірѣ своихъ представленій и трудно заставить его уклониться отъ этого пути. Поэтому обыкновенно лишь немногіе выдающіеся умы работаютъ такимъ путемъ въ области политики права для развитія цѣлаго. Такъ напримѣръ уничтоженіе процессовъ о колдовствѣ и пытокъ было достигнуто при сильнѣйшемъ сопротивленіи со стороны народныхъ круговъ, которые тогда имѣли рѣшающее значеніе въ общественномъ сознаніи. Точно также и теперь приходится съ трудомъ бороться за уничтоженіе дуэли съ господствующими воззрѣніями.

Философія права находится къ политикѣ права въ слѣдующемъ отношеніи: она даетъ политикѣ права подтвержденіе и обоснованіе; она глядитъ впередъ и вмѣстѣ съ тѣмъ оглядывается назадъ, она одинаково вѣрно предугадываетъ ближайшее и самое отдаленное будущее; политика права должна охватывать только ближайшее для нашего современнаго законодательства будущее [1]).

§ 10. Философія права и юридическая техника.

Точно также философія права разнится отъ юрид. техники. При этомъ мы должны замѣтить слѣдующее:

Судебныя рѣшенія имѣютъ цѣлью достиженіе справедливости. Въ то время, какъ право живетъ въ народѣ и развивается только въ видѣ обычнаго права, судебныя рѣшенія совершенно безсознательны. Тутъ не дѣлаютъ вывода, опредѣленно не сравниваютъ, но только воспринимаютъ. Берутъ изъ жизни чувство того, что право желаетъ и къ одинаковымъ вещамъ примѣняютъ одинъ и тотъ же критерій. Такимъ путемъ создается извѣстное чувство, извѣстное воспріятіе и оно выступаетъ наружу въ судебныхъ рѣшеніяхъ.

Только тогда, когда законъ получаетъ свою полную санкцію подъ вліяніемъ вождей, судебныя рѣшенія становятся строго обдуманными. Законъ не можетъ говорить иначе, какъ понятіями; въ лучшемъ случаѣ онъ можетъ путемъ пояснительныхъ примѣровъ прійти на помощь правовому сознанію. Изъ понятій же развиваются сознательныя судебныя рѣшенія и въ концѣ концовъ наука права.

Наука права прежде всего должна расчленить понятія и познать ихъ содержаніе. При этомъ она

---

[1]) Ср. также Friedrich въ Arch. f. Rechtsphil. III стр. 200 и сл.

правда подвергается опасности, такъ какъ понятія, какъ извѣстно, никогда не бываютъ настолько ясны, чтобы представлять собой законченное развитіе, напротивъ того, они нерѣдко только приблизительно обозначаютъ то, чего желаетъ право. Если напримѣръ рѣчь идетъ о гласности, объ оскорбленіи, о владѣніи, то хотя и можно во многихъ случаяхъ, заключающихся въ самомъ понятіи, произнести съ увѣренностью окончательное рѣшеніе, но не то происходитъ, когда приближаешься къ границамъ понятія, такъ какъ тогда оно расплывается и переходитъ въ область тумана, такъ что бываетъ затруднительно указать его окончательное прекращеніе.

Нужно также упомянуть о томъ, что понятія не всегда имѣютъ одинаковое содержаніе, даже если они выражены однимъ и тѣмъ же словомъ. Такимъ образомъ выраженіе, въ разныхъ сферахъ дѣятельности и въ зависимости отъ содержанія, въ которомъ оно употреблено, можетъ обозначать различныя вещи.

Опасности для юриспруденціи понятій состоятъ въ томъ, что употребляютъ понятія не какъ юридическія, т. е. не принимаютъ во вниманіе во первыхъ двойную природу юридическаго понятія, а во вторыхъ разницу словъ и понятій въ различной матеріи. Но сюда нужно присовокупить двойной коррективъ. Во первыхъ: правовое чувство, т. е. безсознательное познаніе права, воспріятіе, о которомъ только что говорилось; оно не имѣетъ исчезнуть и въ новой эпохѣ права. Во вторыхъ: необходимость извлекать изъ понятія не одно, а цѣлый рядъ слѣдствій и при этомъ опредѣлять правильность или неправильность выводовъ.

Безъ этихъ коррективовъ не долженъ работать ни одинъ юристъ. Абстрактное представленіе о правѣ приводитъ насъ къ идеѣ о субъективныхъ правахъ, такъ какъ правовой порядокъ долженъ такъ примыкать къ отдѣльной личности и къ ея стремленіямъ, чтобы предоставить ей исключительно опредѣленную

сферу для ея дѣятельности. Эта сфера и тѣ правомочія, которыя присуждены въ ней отдѣльному лицу, получаютъ извѣстныя рамки и составляютъ содержаніе субъективнаго права. Субъективныя права (и правоотношенія) не исчерпываютъ всего содержанія права, но образуютъ весьма значительную составную часть созданнаго правовымъ строемъ правопорядка[1]).

§ 11. Всеобщая исторія права.

Всеобщая исторія права, называемая также сравнительной юриспруденціей, имѣетъ своей задачей, поскольку возможно, изучить право всѣхъ народовъ, какъ существующихъ въ настоящее время, такъ и исчезнувшихъ, и притомъ изучить не только въ отношеніи объективнаго правового порядка, но и въ отношеніи осуществленія правового порядка, правовой жизни субъектовъ. Это поле необъятно, какъ необъятна исторія человѣческаго духа, и, конечно, здѣсь возможно только приближеніе къ идеалу, не только вслѣдствіе огромной массы матеріала, но прежде всего и потому, что очень много матеріала утеряно. Многіе народы исчезли, не оставивъ слѣда. Только лишь отъ сравнительно немногихъ народовъ дошли до насъ писанные памятники права, большая же часть ихъ погибла навсегда. Но и то, что осталось, чрезвычайно важно, и нашей задачей является всюду спасать то, что спасти возможно. У дикихъ народовъ можно еще найти много своеобразныхъ правъ и правовыхъ обычаевъ, и намъ нужны только изслѣдователи, которые дали бы намъ ясныя и всестороннія свѣдѣнія. Много уже сдѣлано въ этой области: англійскіе, голландскіе, французскіе и нѣмецкіе наблюдатели оставили намъ описанія; путешественники и миссіонеры, колоніальные чи-

[1]) Lehrb. der Rechtsphil. стр. 43.

новники и судьи описали свои приключенія и наконецъ мѣстное судопроизводство является лучшимъ источникомъ мѣстнаго права. Необходимо отмѣтить въ настоящее время въ этой области большой прогрессъ: пробудилось стремленіе къ этнографическимъ изслѣдованіямъ. Признали также, что знакомство съ народомъ является прекраснымъ вспомогательнымъ средствомъ для укрѣпленія нашего господства, и что множество ошибокъ правительства колоній истекаютъ изъ незнанія мѣстныхъ обычаевъ. Выяснилось также, что изслѣдованіе приноситъ и практическую пользу и изъ этого одного основанія правительства колоній должны поддерживать стремленіе къ нему. Существенной является помощь изслѣдователямъ, заключающаяся въ томъ, что указываютъ имъ правильныя взгляды и излагаютъ, гдѣ находятся рѣшающіе моменты въ теченіи явленій, такъ что важное можетъ быть отдѣлено отъ неважнаго. Конечно необходимо и то, чтобы изслѣдователи съ любовью относились къ своему труду и уважали правовой порядокъ первобытныхъ народовъ, какъ проявленіе человѣческаго разума, хотя бы этотъ порядокъ и сильно противорѣчилъ нашимъ воззрѣніямъ, а не относились бы къ нему, какъ это было раньше, свысока, какъ къ смѣшнымъ и нелѣпымъ ошибкамъ. Со стороны германскаго колоніальнаго правительства многое уже сдѣлано въ этой области: цѣлый рядъ сообщеній уже присланъ изъ нашихъ колоній; много сообщеній еще предстоитъ въ будущемъ.

Но и культурныя страны, оставившія письменные памятники права, даютъ намъ громадный правовой матеріалъ, хотя раньше многое и погибло вслѣдствіе легкомыслія, грубости и некультурности. Такъ напримѣръ сохранились значительные остатки уголовныхъ законовъ Ацтековъ, короля Netzahualkojotl'a и кромѣ того свѣдѣнія туземцевъ Ацтековъ, которыя мы находимъ у Duran'a и Sahagun'a, являются свидѣ-

тельствомъ о правѣ Ацтековъ. Вавилонскіе и ассирійскіе памятники права даютъ намъ такую ясную картину тогдашней торговой и правовой жизни, что мы можемъ изучить лучше эти права, чѣмъ напримѣръ германское право временъ Карла Великаго, совершенно также, какъ нѣкоторыя части луны намъ лучше извѣстны иныхъ частей земли. Уже раньше были извѣстны отдѣльныя части старо-вавилонскаго права; благодаря нахожденію Hammurapis'а мы можемъ погрузиться въ изученіе этихъ законовъ; это право обнимаетъ время, начиная съ 2250 года до Р. Х. Существуютъ нѣкоторыя письмена, которыя свидѣтельствуютъ о томъ, что этому праву уже предшествовали другія законодательства.

Безчисленны историческіе акты тѣхъ временъ, многочисленны акты эпохи ассирійской и ново-вавилонской; они свидѣтельствуютъ намъ о томъ, что вавилонское право существовало не только во времена царствованія Набонида, но что оно восходитъ къ эпохѣ персидскаго владычества, даже къ временамъ господства діадоховъ [1]).

Египетскіе правовые источники простираются большею частью только до конца владычества туземцевъ; наиболѣе многочисленными являются памятники временъ македонской династіи. Распознаніе и обработка ихъ уже начата.

И греческое право даетъ намъ множество правовыхъ памятниковъ; греческіе иисатели, а въ особенности ораторы, высказывали много прекрасныхъ юридическихъ наблюденій; многочисленныя надписи сви-

---

[1]) Ср. по этому поводу Kohler und Peiser и Kohler und Ungnad, Hammurapis Gesetz I—V; Kohler und Peiser, Aus dem babylonischen Rechtsleben I—IV; Kohler nnd Ungnad, Hundert ausgewählte Urkunden. Вскорѣ появится Kohler und Ungnad, Assyrische Rechtsurkunden. Въ послѣднее время развилась по этому вопросу цѣлая литература.

дѣтельствуютъ намъ о существованіи законодательствъ и отправленія правосудія, и такія находки, какъ гортинское уголовное законодательство [1]), бросаютъ яркій свѣтъ на начальныя стадіи греческой правовой жизни [2]). Мы имѣемъ также древнія свидѣтельства о славянскомъ правѣ напримѣръ въ такъ называемомъ законодательствѣ Ярослава [3]). И въ области кельтійскаго права такъ называемыя „Brehon laws" представляютъ собой массу, хотя частями еще совершенно не разработаннаго, матеріала [4]). Да и относительно права жителей Восточной Азіи мы имѣемъ очень много свѣдѣній, и если только будетъ разрѣшенъ доступъ ко всѣмъ старо-китайскимъ и старо-японскимъ источникамъ права, то мы узнаемъ много новаго относительно тамошняго правового развитія.

Повсюду слѣдовально мы видимъ огромную дѣятельность человѣческой мысли, массу усилій, направленныхъ къ тому, чтобы путемъ образованія права и примѣненія правовыхъ учрежденій удовлетворить потребностямъ жизни и культурнымъ стремленіямъ народа.

Но одно внѣшнее знакомство съ правами еще недостаточно. Мы должны также потрудиться надъ разработкой права. Разработка должна быть прежде всего аналитическою: мы должны разложить правовой матеріалъ на его составныя части. Только это расчлененіе даетъ намъ возможность конструировать каждый правовой институтъ и показать изъ какихъ составныхъ частей онъ слагается. Юристъ здѣсь имѣетъ приблизительно ту же задачу, какъ и аналитическій химикъ.

---

1) Kohler und Ziebarth, Das Stadtrecht von Gortyn (1912).

2) Mitteis und Wilken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde (1912).

3) Götz, Z. f. vgl. Rechtsw. XXIV 241, XXVI 161, XXVIII 1.

4) По этому поводу см. мое изложеніе в. Z. f. vgl. Rechtswis. XXIII стр. 213, XXV стр. 198.

Какъ этотъ послѣдній, онъ долженъ прежде всего начать съ основныхъ элементовъ. Разъ онъ имѣетъ ихъ, онъ можетъ представить сложныя вещества въ ихъ постепенномъ развитіи и образованіи и показать, какъ послѣднія могутъ путемъ воспріятія и отбрасыванія лишнихъ элементовъ принимать новый видъ и снова создаваться. Если мы разложимъ напр. правовые институты на ихъ вещныя и обязательственно-правовыя составныя части, если мы всюду покажемъ связь между субъектомъ и объектомъ права и всесторонне изслѣдуемъ всюду, какъ путемъ вступленія новыхъ элементовъ, можетъ измѣняться юридическая сдѣлка, то мы пріобрѣтемъ знаніе права, не только описательное, но и проникающее въ самую его сущность. Разъ мы достигнемъ этого, то станетъ возможной вторая стадія обработки права: мы можемъ различить главное отъ второстепеннаго, существенное отъ несущественнаго. Это безусловно необходимо относительно таковыхъ правовыхъ положеній, которыя конкретно возникаютъ въ народѣ, живутъ и развиваются въ народныхъ обычаяхъ. Здѣсь право соединено съ массой художественныхъ, религіозныхъ и другихъ духовныхъ элементовъ, и мы не можемъ его познать, не выдѣливъ его изъ этого соединенія. Мы напр. изучаемъ свадебные обряды народа. Они только тогда станутъ доступными нашему юридическому пониманію, когда мы исключимъ тѣ элементы, которые присоединяли къ нимъ народная вѣра, народная фантазія, миѳы и вѣрованіе въ духовъ и оставимъ только то, что относится къ покупкѣ, похищенію женщинъ или другимъ юридическимъ формамъ совершенія брака.

Описанная только что обработка права — обработка чисто юридическая. Но она недостаточна, и въ особенности въ томъ случаѣ, если признать всеобщую исторію права основаніемъ философіи права. Въ этомъ случаѣ мы должны поставить право въ связь съ другими элементами культуры, особенно съ религіей и

исторіей народнаго хозяйства. Слѣдуетъ также принять во вниманіе и этнографическій характеръ народа, его симпатіи, его идеальное или неидеальное мышленіе и познать его въ образованіи правовой жизни. Напримѣръ при разсмотрѣніи кражи выяснится болѣе или менѣе хозяйственный духъ народа, при разсмотрѣніи кровной мести и ея прекращенія всплыветъ наружу то мстительность и личная гордость, то страсть къ наживѣ, любовь къ имуществу, къ деньгамъ. Благодаря этимъ изслѣдованіямъ всеобщая исторія права обладаетъ матеріаломъ, безъ котораго невозможно познаніе исторіи человѣчества.

На основаніи этого матеріала создается у отдѣльныхъ народовъ исторія права, а съ ихъ помощью въ концѣ концовъ всеобщая исторія права. Многіе признавали невозможнымъ самое существованіе всеобщей исторіи права, такъ какъ въ исторіи каждаго народа царятъ случайныя явленія, придающія ей индивидуальный характеръ. Это справедливо, но на ряду съ случайностью явленій имѣетъ значеніе общность психологическихъ и соціологическихъ мотивовъ и метафизическое единеніе процесса мірового развитія. Но на такомъ же основаніи можно было бы отрицать всякую исторію въ виду того, что она также зависитъ отъ дѣйствій отдѣльныхъ лицъ, или отвергать географію растительнаго міра, такъ какъ и здѣсь имѣетъ мѣсто множество случайныхъ явленія. Ср. Archiv f. Rechtsphil. III стр. 321 и Windelband, Präludien II стр. 145 и сл. Относительно исторіи философіи права ср. также „Einführung in die Rechtswissenschaft“ Sternberg'а.

§ 12. Вспомогательныя науки.

Вспомогательными науками сравнительной юриспруденціи являются языкознаніе, исторія культуры, затѣмъ психологія и въ особенности психологія народовъ.

Языкознаніе важно здѣсь въ двухъ отношеніяхъ. Съ одной стороны оно даетъ намъ возможность читать памятники древняго права. То, чего оно достигло въ этомъ отношеніи со времени усвоенія санскритскаго, ассиро-вавилонскаго и древне-египетскаго языковъ, дѣйствительно колоссально.

Съ другой стороны старались извлечь изъ языкознанія слѣдующую пользу: слова имѣютъ свое развитіе и послѣднее вмѣстѣ съ тѣмъ даетъ намъ картину развитія духа; слова исходятъ изъ конкретнаго и переходятъ затѣмъ къ абстрактному; исторія слова показываетъ намъ развитіе обстрактнаго мышленія и это имѣетъ значеніе конечно и въ отношеніи къ праву. Этимъ путемъ удалось сдѣлать много открытій, между прочимъ то немаловажное открытіе, что въ индо-германскихъ языкахъ слово „Vater“ производится отъ корня pa = „защищать“, а не отъ слова pa = „зачать“. Но нельзя преувеличивать значенія этого развитія, такъ какъ измѣненія въ языкѣ часто очень своеобразны и туманны.

Изъ области исторіи культуры[1]) особенно важна наука о религіи, ибо масса явленій становится понятной только благодаря исторіи религіи. Никогда индогерманская семья не стала бы тѣмъ, что она есть, безъ института культа предковъ, а безъ культа предковъ кровная месть приняла бы совсѣмъ другой видъ. Учрежденіе годового траура произошло вслѣдствіе страха предъ мертвыми. Все, что было создано культомъ мертвыхъ, а также и то обстоятельство, на-

---

[1]) Ср. Zeitschrift f. Ethnologie, теперь въ 43 томахъ, Archiv f. Kulturgeschichte, пока 9 томовъ, Zeitschrift des Vereins f. Volkskunde, въ 22 томахъ, Anthropos, Revue internationale d'ethnologie, въ 7 томахъ, Revue d'ethnographie et de sociologie (томъ I и II), затѣмъ многочисленныя публикаціи Института Solvay; далѣе Archiv f. Religionswissenschaft, пока 15 томовъ); очень интересной является Revue Néoscholastique (въ 19 томахъ), затѣмъ Revue de la Métaphysique et de la Moral (въ 20 т.).

сколько господство вождей было поддержано религіозными воззрѣніями,—выяснится при дальнѣйшемъ изложеніи.

Исторія культуры естественнымъ образомъ приводитъ насъ къ психологіи, такъ какъ исторія двигается человѣческой душой со всѣми ея страстями и побужденіями, и эти послѣднія создаютъ правовые институты и вообще всѣ пружины міровой исторіи. Инстинкты жестокости, мести, половой любви оказали рѣшающее значеніе въ развитіи права, какъ семейственнаго, такъ и уголовнаго. Точно также развитіе религіи и церковнаго права находится подъ вліяніемъ могущественныхъ душевныхъ движеній, внушенныхъ и самовнушенныхъ возбужденій, которыя могутъ граничить съ психозомъ. Прежде всего необходимо принять во вниманіе страшную силу, такъ сказать, духовнаго зараженія въ человѣческихъ массахъ и прямо таки непонятную силу внушенія отдѣльнаго дѣянія по отношенію къ возбужденной массѣ, а прежде всего обаятельную силу генія, сдѣлавшагося популярнымъ въ народѣ (Наполеонъ). Во всѣхъ этихъ отношеніяхъ исторія права можетъ извлечь при помощи систематическаго психологическаго наблюденія много поучительнаго [1]).

---

[1]) Въ недавнее время произошло сліяніе исторіи культуры и психологіи народа въ соціологію. Въ этомъ дѣлѣ огромную роль сыграли Herbert Spencer (Principles of sociology и др. соч.), Lubbock и др. По этимъ вопросамъ существуетъ ежегодникъ L'année sociologique Dürkheim'a, пока 11 томовъ, а также журналъ Rivista di Sociologia, 13 томовъ и Revue d'ethnographie et de sociologie, 2 тома. Цѣнный матеріалъ мы находимъ въ трудахъ Bastian'a и у др. Ср. также мою статью Recht und Völkerpsychologie въ Politisch.-anthropol. Revue 15, стр. 385 и сл. и Darmstädter Kongresz въ Arch. f. Rechtsphil. IV стр. 458.

В. Образованіе права.

I. Отношеніе къ природѣ.

§ 13. Основныя положенія.

Человѣкъ, живущій среди природы, первоначально бываетъ подавленъ ея впечатлѣніями. Она выступаетъ предъ нимъ – величественная, могущественная; она — божество, которое онъ созерцаетъ съ трепетомъ. Наконецъ человѣкъ привыкаетъ къ ней. Онъ цѣнитъ ея дары, онъ благодаренъ за ея заботы, но въ то же время онъ видитъ себя окруженнымъ и злыми силами. Такъ возникаетъ обожествленіе демоновъ или духовъ: добрые и злые духи царятъ въ природѣ, они то появляются, то снова исчезаютъ. Эта вѣра въ существованіе духовъ продолжаетъ властвовать надъ человѣкомъ и тогда, когда онъ начинаетъ подчинять себѣ природу и пользоваться ею для своихъ цѣлей. Сначала происходитъ страшное столкновеніе: это вѣдь ужасная несправедливость—вторгаться въ святилище природы, рубить деревья, истреблять лѣса; лѣсные духи грустятъ объ этомъ. Но вскорѣ человѣкъ находитъ себѣ выходъ изъ этого двойственнаго положенія, измѣняя религіозныя представленія сообразно своимъ потребностямъ. Духъ умилостивляется или даже служитъ человѣку, но также создается и новый духъ примѣнительно къ условіямъ культурной жизни. Человѣкъ не напрасно демонистъ: ему удается овладѣть духами и обратить ихъ въ своихъ защитниковъ. Такъ на всемъ протяженіи Средиземнаго моря господствуетъ институтъ „mata-kau“, заключающійся въ томъ, что садовникъ для защиты своихъ фруктовъ привязываетъ къ дереву духа, грозящаго гибелью всякому, кто попытается нанести ему вредъ.

Этимъ самымъ отношеніе человѣка къ культурной странѣ пріобрѣтаетъ особое значеніе, это отношеніе освященное и оно влечетъ за собой установленіе собственности. Собственность первоначально покоится на соединеніи человѣчества съ природою при помощи демоновъ. Отсюда и священные обряды, которыми сопровождаются важнѣйшіе акты дѣятельности собственника земли, въ особенности обработка поля[1]). Такъ возникаетъ собственность и право собственности: объектомъ права собственности является вся совокупность даровъ природы, которые человѣкъ подчинилъ своей волѣ и этимъ сдѣлалъ ихъ вспомогательными средствами культуры. Но характеръ права собственности въ значительной степени зависитъ отъ группировки и организаціи человѣчества.

§ 14. Дѣленіе міра. Общая часть.

Человѣчество переходитъ отъ коллективизма, т. е. состоянія общности бытія, къ индивидуализму, т. е. состоянію преобладанія отдѣльнаго бытія[2]), но такимъ образомъ, что даже въ единичномъ существованіи общность всегда имѣетъ свое значеніе, только съ тѣмъ условіемъ, чтобы отдѣльное лицо не погибло и не было поглощено. Въ этомъ заключается одно изъ главныхъ завоеваній прогресса культуры. Изъ сплоченныхъ массъ, въ которыя группируется первоначально человѣчество, выдѣляются отдѣльныя лица и по отношенію къ цѣлому выступаютъ какъ лица съ особыми правами. От-

[1]) Утилитарная исторія права совершенно игнорировала это, позитивная исторія права также. Ср. Ved'ы и Grihyasutr'ы индусовъ.

[2]) Ср. по этому вопросу мою статью „Kollektivismus und Individualismus in der Geschichte", помѣщенную въ Zeitschrift f. Sozialwissenschaft I 4 стр. 261 и сл., а также мою статью „Recht" стр. 8 и сл.

дѣльная личность не подчиняется болѣе общему теченію. Она можетъ избрать себѣ новые пути, измѣнить свой образъ жизни и этимъ сильно содѣйствовать всеобщему прогрессу. Только съ развитіемъ отдѣльной личности возникла современная культура.

Послѣднее имѣетъ рѣшающее значеніе для права собственности. Пока человѣчество ведетъ общій образъ жизни существуетъ на всѣ предметы внѣшняго міра общее право и отдѣльныя лица могутъ пользоваться предметами исключительно только въ рамкахъ этой общности. Но коль скоро наступаетъ обособленіе отдѣльнаго лица, то въ связи съ этимъ является раздѣленіе общаго имущества на частныя имущества: отдѣльная личность съ ея особыми цѣлями, господствующими въ области всей культуры, требуетъ признанія за нею права на собственность, служащую для достиженія ея личныхъ цѣлей [1]).

Съ признаніемъ отдѣльной личности выступаетъ вопросъ о ея защитѣ. Наряду съ развитіемъ права собственности развиваются и личныя права. Но одновременно съ этимъ и коллективизмъ удерживаетъ за собой нѣкоторыя права, и рядомъ съ отдѣльными лицами продолжаютъ существовать всюду соціальныя лица съ особыми правами — такъ называемыя юридическія лица, либо прежде существовавшія, либо вновь созданныя. Право юридическаго лица поэтому не представляетъ изъ себя чего либо искусственнаго. Оно покоится на правовыхъ основаніяхъ и оно древнѣе, чѣмъ право отдѣльнаго лица [2]).

§ 15. Дѣленіе міра. Особенная часть.

Повсюду первоначально мы видимъ право имущественное въ видѣ права общаго. И мысль, что все

---

[1]) Lehrbuch der Rechtsphilosophie стр. 81 и сл.

[2]) Einführung in die Rechtswissenschaft стр. 9 и 33.

заработанное, найденное или захваченное принадлежитъ исключительно данному лицу, чужда первобытнымъ народамъ. Не въ этомъ, какъ полагали, лежитъ зародышъ частной собственности, такъ какъ работа, которую совершалъ человѣкъ, онъ совершалъ первоначально для семьи и для всего рода. Прежде всего выработалось понятіе частной собственности примѣнительно къ тѣмъ вещамъ, которыя сами собой должны были выдѣлять отдѣльную личность изъ среды другихъ, какъ одежда, оружіе и прежде всего то, что служило цѣлямъ личной защиты. Весьма важное значеніе въ развитіи исторіи человѣчества имѣетъ то обстоятельство, что у каждаго человѣка, какъ это будетъ нами указано ниже, является стремленіе къ самозащитѣ, въ силу чего человѣкъ выступаетъ какъ самостоятельная величина въ отношеніи къ другимъ. Это отношеніе вещей къ лицу доходитъ до того, что ихъ кладутъ въ могилу покойника или сжигаютъ вмѣстѣ съ нимъ. Вѣра въ загробную жизнь играетъ здѣсь огромную роль. Не только неодушевленные предметы, но и животныя, рабы, вдовы должны раздѣлять участь покойнаго. Постепенно этотъ обычай смягчается. Представленіе о загробномъ существованіи одухотворяется и начинаютъ полагать, что покойный не нуждается въ вещи въ ея тѣлесномъ свойствѣ, а лишь въ ея духовной сущности, ея тѣни и поэтому считаютъ достаточнымъ подержать вещь надъ гробомъ или надъ мертвецомъ и затѣмъ находятъ возможнымъ снова пустить ее въ обращеніе.

Гораздо дольше существовала общая собственность на недвижимыя вещи, и еще до сихъ поръ у негровъ, малайцевъ и у другихъ племенъ господствуетъ воззрѣніе, что земля принадлежитъ племени, но можетъ быть передаваема для обработки отдѣльному лицу или семейству и тогда владѣлецъ пользуется защитой до тѣхъ поръ, пока онъ трудится надъ ней, обрабатываетъ ее или желаетъ обрабатывать. Таково воз-

зрѣніе, съ которымъ мы должны считаться и по сю пору въ Африкѣ. О мысли, что земля, которою я владѣю, какъ бы прирастаетъ ко мнѣ и пріобрѣтаетъ затѣмъ извѣстную мѣновую цѣнность, долгое время не можетъ быть и рѣчи. Эта идея можетъ развиться только тогда, когда вслѣдствіе труда земельные участки повышаются въ цѣнѣ и пріобрѣтаютъ различную цѣнность или когда культурныя свойства ихъ вслѣдствіе ихъ положенія становятся весьма различными. Тогда только возникаетъ мысль, что можно не только пользоваться вещью до тѣхъ поръ, пока она находится во владѣніи, но что и въ случаѣ отказа отъ нея можно получить въ качествѣ эквивалента извѣстную цѣнность, которая первоначально является ничѣмъ инымъ, какъ прибавочной цѣнностью, получаемой вслѣдствіе затраты труда или вслѣдствіе благопріятнаго положенія въ отношеніи къ другимъ земельнымъ участкамъ, которые можно имѣть даромъ [1]).

Особенно ясно становится это у народовъ, гдѣ земледѣліе является интенсивнымъ занятіемъ, гдѣ оно существуетъ не какъ случайная дѣятельность отдѣльныхъ лицъ, а какъ общій способъ добыванія средствъ къ жизни. Обработка полей производится сообща. Земля берется во владѣніе всѣмъ племенемъ и оно обрабатываетъ ее общими силами; оно выкорчевываетъ лѣса, сѣетъ и жнетъ, и когда земля спустя $1^1/_2$—2 года истощается, то племя передвигается дальше, гдѣ повторяется та же картина. Эта переложная система хозяйства (система Юма въ Индіи) уступаетъ мѣсто другой системѣ: племя становится осѣдлымъ, дѣлитъ землю на обрабатываемую и находящуюся подъ паромъ, которая остается необработанной и отдыхаетъ съ тѣмъ, чтобы сдѣлаться доступной къ воспріятію новой культуры. И

1) Это правильное положеніе теоріи поземельной ренты Рикардо.

здѣсь обработка можетъ остаться общей, какъ система zamindari въ Индіи, cyvar у древнихъ кельтовъ; или земля на время дѣлится между отдѣльными семьями для культивировки, какъ напр. система pattidari у индусовъ, способъ Ребнинга у германцевъ, система comachadt у кельтовъ, міръ у русскихъ[1]). Подобная же система существовала и у китайцевъ еще и въ 4 и 3 столѣтіяхъ до Р. X.,—это та же японская система kubunden, процвѣтавшая въ 7 столѣтіи послѣ Р. X. Но и этой системѣ скоро приходитъ конецъ: прекращается постепенно производимое дѣленіе, семьи становятся осѣдлыми. Онѣ присваиваютъ себѣ землю и сохраняютъ ее за собой. Исключеніемъ являются лишь нѣкоторыя единичныя учрежденія, продолжающія существовать, какъ напр. взаимная общая помощь противъ общихъ опасностей или общее владѣніе при новомъ раздѣленіи земель, когда приспособленіе ихъ къ частному пользованію является совершенно неудобнымъ по свойствамъ мѣстности. Право каждаго члена общины выкупить у чуждаго общинѣ лица проданную ему землю является также какъ бы остаткомъ старыхъ воззрѣній. Въ остальныхъ отношеніяхъ возникаетъ семейная или родовая собственность.

---

[1]) Является ли міръ древнимъ установленіемъ или плодомъ развитія позднѣйшихъ временъ, начиная съ 17 стол., этотъ вопросъ въ настоящее время сдѣлался весьма спорнымъ; ср. изложенія Engelmann'a, Keuszler'a, Meitzen'a (Wanderung, Anbau und Agrarwesen II стр. 223), и вь особенности Simkhowitsch'a, Feldgemeinschaft in Ruszland (1898) стр. 18 и сл., 56 и сл., 71 и сл. Нужно признать, что общинное хозяйство во многихъ мѣстахъ возникло лишь впослѣдствіе, но въ случаяхъ его установленія, это было возвращеніемъ къ прежнему общинному строю, было регрессивнымъ явленіемъ, столь часто повторяющимся повсюду. Это особенно выясняется при проведеніи аналогіи между германскимъ правомъ въ Германіи и въ Скандинавскихъ государствахъ. Ср. Beauchet, Histoire de la propriété foncière en Suède (1904), а также Zeitschrift vergleichender Rechtswissenschaft XXI стр. 304.

Система семейной или родовой собственности примѣняется у очень многихъ народовъ. Семейные союзы, состоящіе изъ 50—100 и болѣе людей живутъ на одномъ и томъ же участкѣ земли, совмѣстно обрабатываютъ его подъ главенствомъ мужчины или женщины (gospodar, domatschika etc.). Сюда относятся нѣкогда процвѣтавшіе общинные союзы въ Швейцаріи, communautés во Франціи, zadruga въ Сербіи, kuça въ Черногоріи и т. д.[1]). Память объ этой семейной собственности, объ этомъ общемъ домашнемъ очагѣ продолжаетъ долго еще жить въ германскомъ правѣ. Она сказывается и въ томъ громадномъ вліяніи, какое имѣетъ наслѣдственное имущество въ развитіи права наслѣдованія. Наслѣдственное имущество долгое время не предоставляется свободному распоряженію отдѣльнаго лица; оно принадлежитъ семьѣ: долгое время еще существуетъ разница между bona avita и благопріобрѣтеннымъ имуществомъ. Наслѣдственное имущество ограничивается въ порядкѣ отчужденія и можетъ быть выкупаемо членами семьи или рода по уплатѣ стоимости, за которую оно было отчуждено.

Изъ семейнаго имущества развилось путемъ все большей и большей индивидуализаціи частное имущество. Уже во времена господства семейнаго имущества существуетъ, помимо уже указанныхъ выше необходимыхъ для лица вещей, извѣстныя части имущества, части торговаго и хозяйственнаго капитала, которыя не сливаются съ общимъ имуществомъ семьи, а предоставляются одному только ея члену. Ихъ можно назвать, примѣнительно къ терминологіи римскаго

---

[1]) По достовѣрнымъ свѣдѣніямъ то же явленіе наблюдалось и у сѣверныхъ славянъ, ср. Simkhowitsch стр. 8 и сл. Сюда же слѣдуетъ отнести и consortia въ Верхней Италіи, Fumagalli, diritto di fraterna da Accursio alla codificazione (1912). Обо всемъ этомъ ср. Georg Cohn, Zeitschr f. vergl. Rechtswissenschaft XIII стр. 1, Schweizer Civilgesetzb. § 336 и сл.

права, пекуліемъ (peculium). Первоначальная идея здѣсь такова: пекулій правда не представляетъ собой частной собственности, но если бы дѣло дошло до раздѣла общаго имущества, то онъ долженъ быть предоставленъ прежде всего обладателю его. Въ составъ этого пекулія входило прежде всего все то, что членъ семьи зарабатывалъ внѣ дома своимъ умственнымъ и физическимъ трудомъ.

Позднѣйшее развитіе воспринимало это понятіе строже и считало, что обладатель пекулія имѣетъ непосредственное право собственности надъ вещами. входящими въ его составъ, а обществу принадлежитъ только извѣстное управленіе имъ. Такимъ путемъ должно было развиться частное имущество. Это произошло еще и другимъ образомъ. Наслѣдники главы семьи въ древности остаются жить вмѣстѣ и сообща распоряжаются имуществомъ. Для раздѣла необходимо согласіе всѣхъ членовъ семьи. Громаднымъ шагомъ впередъ явилось правило, что каждый сонаслѣдникъ можетъ во всякое время потребовать раздѣла. Такимъ образомъ пришли къ раздѣленію имущества и за переходомъ наслѣдства слѣдовало образованіе новыхъ частныхъ имуществъ.

Частное имущество съ возможностью отчужденія несомнѣнно заключаетъ въ себѣ двойственность, которая характеризуетъ все дальнѣйшее развитіе. Въ то время какъ отдѣльное лицо можетъ распоряжаться имуществомъ только въ продолженіи своей жизни, оно можетъ такъ отчудить отдѣльныя части имущества, что онѣ выйдутъ изъ владѣнія не только по отношенію къ нему, но также и по отношенію къ будущимъ поколѣніямъ. Онъ можетъ обратить въ свою пользу не только доходы, но и самый капиталъ, онъ можетъ употребить все для своихъ личныхъ цѣлей. Это согласуется съ тѣмъ міромъ идей, который полагалъ, что вещи должны сопровождать покойнаго въ могилу. Теперь этого не дѣлаютъ: то, что еще осталось у покойнаго послѣ смерти,

слѣдуетъ иной судьбѣ, но то, что онъ отчудилъ, остается отчужденнымъ: оно также есть какъ бы жертва умершему. Въ дальнѣйшемъ изложеніи выяснится, какъ эта идея, постепенно развиваясь, привела къ такимъ институтамъ послѣдственнаго права, какъ наслѣдственный договоръ, завѣщаніе.

§ 16. Новыя явленія.

Частная собственность имѣетъ большія преимущества: она сообщаетъ энергію и побужденіе къ труду; она даетъ возможность получать вознагражденіе непосредственно по окончаніи работы. Она далѣе даетъ человѣку возможность свободно, безъ посторенней помощи, внѣ рабской зависимости отъ семьи, стремиться къ достиженію своихъ цѣлей. Она способствуетъ развитію энергіи и хозяйственныхъ способностей. Такимъ образомъ народы въ частной собственности нашли источникъ прогресса, силы и культурнаго могущества. [1]).

Конечно частная собственность имѣетъ и свои значительныя темныя стороны. Если желать провести ее послѣдовательно, то нужно ее организовать въ видѣ

---

[1]) Lehrbuch der Rechtsphilosophie. стр. 84 и сл. Преимущества частной собственности великолѣпно выяснены уже Аристотелемъ, Политика II 2. Ср. также у Θомы Аквинскаго, Summa theologia 2. 2 qu. 66. a. 2: quia magis sollicitus est unusquisque ad procurandum aliquid, quod sibi soli competit, quam id quod est commune omnium vel multorum; quia unusquisque laborem fugiens relinquit alteri id quod pertinet ad commune, sicut accidit in multitudine ministrorum; alio modo quia ordinatius res humanae tractantur, si singulis immineat propria cura alicujus rei procurandae; esset autem confusio, si quilibet indistincte quaelibet procuraret; tertio, quia per hoc magis pacificus status hominum conservatur, dum unusquisque re sua contentus est; unde videmus, quod inter eos, qui communiter et ex indiviso aliquid possident, frequentius jurgia oriuntur. Ср. здѣсь также Schaub, Eigentumslehre nach Thomas von Aquin стр. 266 и сл.

имущества, способнаго къ отчужденію, такъ какъ только свободный обмѣнъ предоставляетъ вышеуказанныя преимущества, и вмѣстѣ съ тѣмъ представить ее, какъ имущество, подлежащее наслѣдованію, такъ какъ только тогда личности будетъ дана длящаяся власть. Но вмѣстѣ съ отчужденіемъ и наслѣдованіемъ тотчасъ же является среди людей неравенство. Разная степень имущественнаго благосостоянія, различіе хозяйственныхъ способностей, разныя степени трудовой энергіи, большая или меньшая ловкость въ торговомъ оборотѣ даютъ одному человѣку несомнѣнное преимущество предъ другими. Одинъ становится богатымъ, другой бѣднымъ. Въ теченіи столѣтій занимались разрѣшеніемъ проблемы, какъ помочь въ этомъ дѣлѣ, въ особенности вслѣдствіе того, что по временамъ низшіе классы населенія страдаютъ отъ кризисовъ и въ силу этого попадаютъ въ тяжелое хозяйственное и политическое положеніе, или же возмущаются и возстаютъ противъ существующаго порядка [1]). Въ особенности наслѣдственное право ведетъ къ большому неравенству, если только не согласиться съ восточнымъ принципомъ назначать всегда только одного наслѣдника. Но разъ это правило не установлено, и если кто либо имѣетъ много, а другой мало наслѣдниковъ, то одно и то-же имущество можетъ быть раздѣлено въ первомъ случаѣ на 10, во второмъ на 2 части. Вотъ ясный источникъ неравенства.

Послѣ того, какъ въ теченіи столѣтій стояли совершенно безпомощно предъ этими явленіями, въ новое время постарались сколь возможно устранить эти опасности частной собственности. Желали поддержать индивидуальныя силы собственности, но вмѣстѣ съ тѣмъ хотѣли заставить ее служить и соціальнымъ поребностямъ. Неограниченное эгоистическое стремленіе

[1]) Относительно различныхъ аграрныхъ революцій см. Einführung in die Rechtswissenschaft стр. 152.

отдѣльнаго лица не можетъ намъ принесть пользы и слѣдуетъ сколь возможно стараться создать на основѣ нашихъ отдѣльныхъ хозяйствъ связующіе пункты, которые служили бы цѣлому и стремились въ особенности оказывать помощь тѣмъ, которые были отодвинуты на задній планъ въ силу уже извѣстныхъ свойствъ частной собственности [1]). Такъ напр. въ настоящее время ввели планомѣрную помощь больнымъ, слабымъ въ хозяйственномъ отношеніи, постигнутымъ несчастіемъ. Такимъ путемъ создали достойное существованіе для лицъ, болѣе слабыхъ въ экономической борьбѣ, постарались придать имъ силу и способность къ дальнѣйшему развитію, а также устроили страхованіе для безработныхъ, артели труда на товарищескихъ началахъ и многое другое.

Въ настоящее время это дѣлаютъ при помощи государства, въ то время какъ прежнія поколѣнія считали это скорѣе дѣломъ семьи. Теперь могущественное государство призывается къ тому, чтобы путемъ соціальной дѣятельности исправить неравенство, созданное экономическимъ строемъ.

Слѣдуетъ принять во вниманіе еще и другія обстоятельства, могущія смягчить тяжесть неравенства; сюда слѣдуетъ отнести прежде всего уваженіе къ труду, которое само по себѣ даетъ прилежному работнику достойное уваженія мѣсто и вмѣстѣ съ тѣмъ право на изобрѣтеніе. Наше право предоставляетъ изобрѣтателю идеи большія права. Въ новое время въ особенности получаетъ значеніе право на открытіе и изобрѣтеніе. Оно предоставляетъ даровитому, но матеріально необезпеченному человѣку, силу пріобрѣсть неисчислимыя богатства и

---

[1]) Однимъ изъ первыхъ, развившихъ эту идею былъ забытый теперь философъ Franz von Baader; ср. Reichel, Sozietätsphilosophie F. v. B. s. стр 56 и сл. (Separatabdruck aus Zeitschrift für gesammte Staatswissenschaft 57 Heft 2),

произвести полнѣйшій переворотъ. Оно даетъ ему возможность заставить промышленность служить себѣ и тѣ, которые были его господами, становятся зависимыми отъ него слугами. Культъ труда является истиннымъ противоядіемъ, благодаря которому индивидуализмъ одолѣваетъ свои собственные недостатки; этотъ культъ и отличаетъ наше время отъ древности, когда даже такіе геніальные мыслители, какъ Платонъ и Аристотель, низко оцѣнивали трудъ рабочаго.

II. Отношенія человѣка къ человѣку.

a) Отношенія внутренняго характера.

α. Право семейственное.

§ 17. Тотемизмъ [1]).

Человѣчество развивается сначала въ общественныхъ союзахъ, отдѣльный человѣкъ выступаетъ на сцену лишь медленно и постепенно. Каждый первоначально имѣетъ корень своего существованія въ семьѣ. Она защищаетъ человѣка, она отвѣчаетъ за него въ томъ случаѣ, когда онъ совершаетъ нехорошія дѣянія, она имѣетъ сношенія съ другими семьями: отдѣльное лицо безсильно и безправно. Вся семья, образовывавшее единое цѣлое, была связана религіозными началами. Правовая связь замѣнялась религіозной, союзъ семейный былъ союзомъ тотемнымъ. Totem—это родовой знакъ, обыкновенно изображеніе животнаго. Но это не является чѣмъ то внѣшнимъ, такъ какъ подобныя фор-

---

[1]) По различнымъ вопросамъ этой и послѣдующихъ главъ ср. мою Urgeschichte der Ehe, а затѣмъ многочисленныя статьи въ Zeitsch. f. vergl. Rechtswissenschaft. Ср. также въ недавнее время Thurnwald ibidem XXIII стр. 327.

мы имѣютъ у народовъ въ древнія времена очень глубокое внутреннее значеніе. Существуетъ убѣжденіе, что извѣстное племя носитъ на себѣ не только знакъ животнаго, но и душу его, почему животное и почитается какъ богъ племени и всѣ его члены боятся убивать его или нарушать его покой. Существуетъ часто такое убѣжденіе, что человѣкъ по смерти превращается въ это животное.

Тотемизмъ распространенъ по всему свѣту и даже у новыхъ культурныхъ народовъ мы можемъ подмѣтить вліяніе тотемизма; въ концѣ концовъ онъ скрывается въ сагахъ, такъ какъ вѣдь сказаніе о Мелузинѣ, согласно которому родоначальница одного поколѣнія была животнымъ, а также и сказаніе о Лоэнгринѣ, въ которомъ повѣствуется тоже самое о родоначальникѣ, являются ничѣмъ инымъ, какъ грандіозными остатками этой миѳологической идеи, основанной на прежнихъ жизненныхъ воззрѣніяхъ [1]).

Тотемизмъ приводилъ къ тому, что народы чувствовали себя чѣмъ то цѣлымъ и когда двѣ totem—группы вступали въ бракъ, то и духи ихъ благодаря этому вступали въ таинственную связь. Такъ возникли первыя государства; но главнымъ средствомъ къ сліянію былъ скрещивающійся групповой бракъ.

§ 18. Распаденіе тотемной семьи: Священная группа и отдѣльный духъ.

Постепенно распались тотемистическіе союзы и новыя государственныя учрежденія утвердились на основаніи новыхъ семейно-правовыхъ отношеній.

Къ тѣмъ учрежденіямъ, которыя нарушили тотемистическій строй, принадлежитъ прежде всего общій

---

[1]) Ср. мою Schrift über die Melusinensage (1895).

обрядъ посвященія юношей. Юноши и дѣвушки въ періодъ зрѣлости проходили извѣстное время испытанія и уединенія съ тѣмъ, чтобы впослѣдствіи вступить въ общество мужчинъ и женщинъ полноправными членами. Какъ всѣ великія явленія правовой жизни, такъ и это обыкновеніе тѣсно связано съ религіей, оно основывается на идеѣ обновленія души. Дитя какъ бы мѣняетъ свою дѣтскую душевную оболочку и взамѣнъ ея воспринимаетъ душу взрослаго. Отсюда ведетъ свое происхожденіе весьма распространенная вѣра въ то, что юноши пожираются чудовищемъ и какимъ то чудомъ снова рождаются на свѣтѣ. Они забываютъ предыдущую жизнь и совершенно обновленными вступаютъ въ общество людей. Эта вѣра настолько повсюду распространена, что, думается, она должна основываться на глубокой душевной подкладкѣ,—это вступающій въ свои права возрастъ мужчины, который порываетъ съ юностью. Ему вся предыдущая жизнь представляется дѣтской забавой,—чувство, которое характеризуетъ настроеніе періода зрѣлости мужчины. Къ этому времени также относится появленіе въ природѣ человѣка дикости и суровости, суровости по отношенію къ себѣ самому и къ другимъ. Отсюда мученія, лишенія и рѣзкое обращеніе, отчужденность и дѣйствительныя терзанія. Къ этому періоду также относятся всѣ тѣ обыкновенія, которыя характеризуютъ жизнь мужчины, въ это время происходитъ обученіе религіи и политикѣ, и тогда же совершается распространенный среди людей обрядъ обрѣзанія (который только въ періодъ уже развитой культуры былъ перенесенъ на болѣе юный возрастъ).

Посвященіе юношей соединяетъ всѣхъ ихъ въ одну общую группу: они считаются родственниками, объединенными единымъ духомъ. Это новое родство, выступающее на мѣсто кровнаго родства и товарищи по таинству посвященія живутъ и послѣ этого вмѣстѣ,

живутъ въ домѣ для мужчинъ и имѣютъ свои общія игры, общій заработокъ, общія условія жизни. Такимъ образомъ развивается въ человѣчествѣ новое сильное общеніе, угрожающее тотемистическому союзу, общеніе силы и дикости. Ему главнымъ образомъ мы обязаны появленіемъ военачальниковъ, такъ какъ военачальникомъ становится тотъ, кто особенно выдѣляется на общихъ походахъ, предпринятыхъ съ цѣлью добычи, являясь предводителемъ и руководителемъ, ведущимъ другихъ къ извѣстной цѣли.

За этимъ слѣдуютъ дальнѣйшія явленія: одиночество, которое заставляетъ юношу углубляться въ самого себя, состояніе возбужденія въ періодъ половой зрѣлости, въ связи съ этимъ продолжительный постъ, многочисленныя лишенія, болѣзни и лихорадки вслѣдствіе ранъ, все это ведетъ къ сильному развитію внутренней жизни, къ снамъ и галлюцинаціямъ—и прежде всего къ развитію самостоятельности въ отдѣльныхъ личностяхъ. Юноша чувствуетъ себя въ единеніи съ духомъ, съ Manitu, который является ему въ юношескомъ снѣ и такимъ образомъ отдѣльный человѣкъ выступаетъ по отношенію къ группѣ лицъ, какъ существо самостоятельное.

Но уже и раньше эта самостоятельность стремится проявиться. Она сказывается уже и въ томъ, что даютъ каждому имя. Имя вначалѣ является не только признакомъ отличія, но имѣетъ тайную силу, оно становится носителемъ души. Перемѣняя имя, измѣняютъ также и душу; когда произносится имя покойнаго, то затрагивается и духъ его, почему у многихъ народовъ строжайшимъ образомъ запрещается и даже разсматривается, какъ заслуживающее смерти преступленіе, произносить имя умершаго. Значеніе имени сказывается также въ томъ, что оно первоначально не выбирается произвольно. Оно дается или сообразно обстоятельствамъ, сопровождающимъ рожденіе, которыя

имѣютъ вліяніе на всю его жизнь: тогда имя является со значеніемъ предсказанія или человѣку дается имя его предка,—это должно означать, что душа предка переходитъ въ ребенка. И что особенно важно: такъ какъ посвященіе юноши сообщаетъ ему новую душу, то онъ получаетъ и новое имя. У нѣкоторыхъ народовъ съ положеніемъ должностныхъ лицъ, а въ особенности военачальниковъ, связывается новое имя, и еще теперь даже никто не рѣшится назвать императора китайскаго его прежнимъ именемъ.

Такимъ путемъ именемъ не только обозначается отдѣльное лицо, но оно и укрѣпляется, и поддерживается. Отдѣльная душа цѣпляется за имя, какъ за поддержку и можетъ далѣе продолжать свое существованіе, не теряясь въ общей жизни. Отсюда и святость имени, отчасти сохранившаяся и у насъ. Уже Гете замѣтилъ, что каждому непріятно, когда играютъ его именемъ. Другой причиной упраздненія тотемизма былъ культъ предковъ. Божествомъ признается уже не тотемъ рода, а душа предка, которая пребывала тамъ и предотвращала всякое несчастье. Культъ предковъ одухотворилъ религію и тѣснѣе сблизилъ членовъ семьи. Въ прежнее время культъ носилъ матеріалистическій характеръ, вначалѣ почитали черепъ, затѣмъ таблицы съ надписью имени предка или же его изображеніе.

§ 19. Групповой бракъ.

Первоначально групповой бракъ былъ тѣсно связанъ съ тотемизмомъ. Два тотема взаимно вступали въ бракъ. Мужчины тотема А женились на женщинахъ тотема В и наоборотъ и при этомъ не такъ, что отдѣльныя лица вступали въ бракъ съ отдѣльными, а всѣ вмѣстѣ. 20 мужчинъ, изъ которыхъ напр. состоялъ одинъ тотемъ, вттупали въ бракъ съ 20 женщи-

нами другого, такъ что никто изъ нихъ не имѣлъ своей жены, но каждый изъ 20 мужчинъ имѣлъ право на каждую изъ 20 жен. Такимъ образомъ возникали изъ тотемовъ A и B (если мы обозначимъ мужчинъ большими, а женщинъ маленькими буквами) два двойныхъ брака A:b и B:a. Это вело, противно нашимъ воззрѣніямъ, къ необычайному смѣшенію всѣхъ родственныхъ отношеній, ибо всѣ дѣти группового брака A:b называютъ своими отцами A, а своими матерями b, въ то время какъ наоборотъ дѣти группы B:a признаютъ отцами B, а матерями a. Это происходитъ не потому, что родители неизвѣстны, а оттого, что дѣти ихъ считаются дѣтьми всей группы. Результатомъ этого является то, что каждый мужчина называетъ сына своего брата сыномъ, а дитя именуетъ брата своего отца отцомъ. Точно также каждая женщина называетъ сына своей сестры сыномъ. Иное отношеніе устанавливается между мужчиной и сыномъ его сестры. Послѣдній не принадлежитъ къ предыдущей брачной группѣ, а къ соотвѣтствующей другой группѣ браковъ. Въ группѣ A:b членъ ея A не называетъ сына своей сестры a сыномъ, такъ какъ онъ происходитъ не изъ брачной группы A:b, а изъ группы B:a; поэтому онъ его называетъ племянникомъ, а послѣдній его дядей. Такъ образовываются понятія: дядя и племянникъ.

Групповой бракъ по этой системѣ встрѣчается какъ у австралійцевъ, такъ и у цѣлаго ряда краснокожихъ; его можно встрѣтить также и у негровъ. Но существуютъ еще и другія формы, въ которыхъ онъ развивается. До сихъ поръ мы разсматривали только правильные случаи, когда мужчины извѣстнаго поколѣнія вступаютъ въ бракъ всегда только съ женщинами того же поколѣнія. Но существуютъ племена, гдѣ мужчина вступаетъ въ бракъ не только съ сестрой своей жены, но и съ племянницей и теткой ея и наоборотъ.

Впрочемъ во всѣхъ этихъ групповыхъ бракахъ въ основѣ лежитъ то правило, что одна группа вступаетъ въ бракъ съ другой. Ни въ одной группѣ не вступаютъ въ бракъ между собой ея члены: вмѣстѣ съ тѣмъ ни въ коемъ случаѣ не допускаются половыя сношенія члена одной группы съ членами той же самой группы, — это разсматривается какъ величайшее преступленіе. Но все же, вѣроятно, эта система является плодомъ позднѣйшаго развитія, такъ какъ на берегахъ Средиземнаго моря мы видимъ такія формы семьи, гдѣ члены одной группы могутъ вступать въ бракъ другъ съ другомъ, въ особенности часто здѣсь встрѣчаются браки между братомъ и сестрой.

Все это ученіе о групповомъ бракѣ пытались оспаривать, но такъ мало вникали при этомъ критически въ доказательства, приведенныя сначала Морганомъ[1]) и другими, а затѣмъ и мною, что эта критика не заслуживаетъ никакого вниманія.

§ 20. Материнское право и переходъ къ праву отцовскому.

Тотемистическія групповыя супружескія отношенія людей первоначально образовываются на основѣ материнскаго права: дитя принадлежало къ тотему матери, а не отца, такъ что напр. ребенокъ группового брака A : b былъ B, а не A. Это понятно, такъ какъ

---

[1]) Прежде всего въ своемъ капитальномъ трудѣ: Systems of consanguinity and affinity of the human mankind (Вашингтонъ 1871—въ Smithsonian Contributions to Knowledge). Тотъ, кто не изучилъ этихъ источниковъ, не имѣетъ вообще права говорить по этому вопросу. О групповомъ бракѣ и тотемизмѣ см. мою Urgeschichte der Ehe (Zeitschrift f. vergl. Rechtswissenschaft) и отдѣльныя доказательства, приводимыя мною въ различныхъ статьяхъ этого журнала. Дальнѣйшія доказательства, въ особенности для Австраліи, привели Howitt и Fison, Spencer и Gillen, Roth и др. См. по этому вопросу статьи и отчеты въ Z. vgl. R.

связь съ матерью и со всей ея группой сама собой напрашивалась, не только вслѣдствіе рожденія, но и судьбы ребенка, который въ первые годы существованія вскармливается и воспитывается ею. Это материнское право господствовало среди людей въ теченіи многихъ вѣковъ, но затѣмъ по большей части перешло въ отцовское право, согласно которому дитя принадлежитъ не къ тотему и семьѣ матери, а къ тотему и семьѣ отца. Нѣкотораго рода необходимость привела человѣчество къ этому.

Сначала увидѣли необходимымъ разбить большіе тотемы на нѣсколько группъ и тогда часто случалось, что при дѣленіи на малые тотемы принципомъ являлось происхожденіе отъ отца. Если напр. одна волчица выходила замужъ за оленя, а другая за медвѣдя, то малые тотемы назывались оленемъ и медвѣдемъ и первоначальное материнское отношеніе тотема съ теченіемъ времени забывалось.

Другая причина дала себя почувствовать, когда недостатокъ средствъ къ жизни заставилъ семьи распасться на малыя группы. Здѣсь нельзя было установить прежней системы, согласно которой дитя находилось въ близкихъ отношеніяхъ не къ семьѣ отца, а къ семьѣ матери и поэтому принадлежало не отцу, а дядѣ. Этотъ дядя часто находился вдалекѣ, а иногда бывалъ совершенно даже незнакомъ и такимъ образомъ получались противоестественныя отношенія. Тоже самое создавалось, когда какое либо племя выдѣляло изъ себя колонистовъ. Колонисты по той же причинѣ не могли удержать у себя материнскаго права: дѣти постепенно становились болѣе близкими отцу, а отношенія къ дядѣ отодвигались на задній планъ или вовсе теряли всякое значеніе.

Но въ особенности одна причина сильно повліяла на разрушеніе материнскаго права,—это были браки, заключенные путемъ похищенія или купли. Тотъ, кто владѣлъ своей женой вслѣдствіе похищенія или купли,

тотъ считалъ ее какъ бы своей рабыней, а ея дѣтей — своей собственностью, подобно тому, какъ напр. собственникъ коровы признаетъ своей собственностью ея теленка. Какое сильное вліяніе имѣлъ этотъ моментъ доказываетъ то обстоятельство, что у многихъ народовъ существуютъ браки съ правами отца и браки съ правами матери: первые, когда жена была куплена, вторые, когда покупная цѣна не могла быть заплочена.

§ 21. Развитіе единобрачія.

Изъ группового брака развилось единобрачіе, притомъ, какъ кажется, различными путями. Нерѣдко встрѣчается переходъ отъ группового брака къ поліандріи. Этотъ переходъ совершается самъ собой, когда существуетъ обычай убивать дѣвочекъ и становится принятымъ воспитывать въ семьѣ только одну дѣвочку. Если такимъ образомъ отъ одного брака рождается пять сыновей, а отъ другого только одна дочь, то групповой бракъ самъ собой поведетъ къ тому, что пять мужчинъ вмѣстѣ получатъ одну жену, и возникаетъ многомужество, которое мы находимъ въ разныхъ мѣстностяхъ Индіи, въ особенности у Тодовъ, Сингалезовъ и Гималайцевъ. Это многомужество нерѣдко переходитъ въ перемѣнный бракъ, который состоитъ въ томъ, что одна жена въ одно время имѣетъ только одного мужа, но мѣняетъ его отъ времени до времени, напр. чрезъ каждые 2 мѣсяца. Такъ напр. дѣло обстоитъ у Наировъ, въ южной Индіи. У многихъ индійскихъ племенъ это прикрывается тѣмъ, что женщина вступаетъ въ бракъ съ растеніемъ и на ряду съ этимъ попеременно вступаетъ въ сношенія съ цѣлымъ рядомъ мужчинъ. У культурныхъ народовъ перемѣнный бракъ сохраняется еще долго въ видѣ культа Божества, сопровождающагося проституціей.

Громаднымъ прогрессомъ является учрежденіе моноандрическаго брака, при которомъ женщина имѣетъ только одного мужа. Это моноандрическое устройство можетъ имѣть различныя основанія; однимъ изъ нихъ является часто встрѣчающееся похищеніе женщинъ[1]). Женщину похищаютъ при помощи грубой силы, чаще всего издалека. Она является нѣкотораго рода рабыней и занимаетъ зависимое положеніе, предоставляемое ей отцовскимъ правомъ. Ея дѣти принадлежатъ мужу въ такой степени, какъ мы только что указывали. Конечно это похищеніе женщинъ легко влекло за собой войны и семейныя распри, которыя потомъ продолжались долгое время и требовали много жертвъ, но въ концѣ концовъ прекращались какимъ нибудь примиреніемъ. Сообразно матеріальнымъ склонностямъ человѣка той эпохи, примиреніе заключалось подъ тѣмъ условіемъ, чтобы семьѣ похищенной женщины давался какой нибудь эквивалентъ. Эквивалентъ этотъ могъ состоять или изъ другой женщины или изъ денегъ и другихъ цѣнностей.

Разъ эволюція уже достигла этого, то оставалось сдѣлать только одинъ шагъ, чтобы тотчасъ же послѣ похищенія начать съ того, чтобы вступить въ переговоры относительно покупной цѣны женщины. Похищеніе становится болѣе или менѣе заранѣе всѣмъ извѣстнымъ дѣйствіемъ, а борьба все болѣе призрачной и похищеніе женщинъ переходитъ въ мнимое похищеніе, пока отъ всего похищенія остается только нѣсколько обрядовъ, существующихъ до новѣйшихъ временъ въ жизни народовъ. Такъ напр. женщина тайно исчезаетъ во время свадебнаго шествія, при чемъ завязы-

---

[1]) Этотъ вопросъ уже разсматривало Recht als Kulturerscheinung стр. 8 и сл. Богатый матеріалъ даетъ также Zeitschr. f. vergl. Rechtswissensch.; ср. для примѣра у румынъ Драганеску въ XXIII стр. 70.

ваются ссоры, далѣе женщину съ притворнымъ насиліемъ переводятъ черезъ порогъ ея дома; она плачетъ и стонетъ. Пережиткомъ этого обычая, имѣющаго впрочемъ еще и другія основанія, являются такъ наз. Тобіевы ночи, учрежденіе, состоящее въ томъ, что заключеніе брака можетъ быть совершено лишь спустя нѣкоторое время [1]).

Такъ похищеніе женщинъ становится мнимымъ и однимъ лишь обрядомъ похищенія и на его мѣсто выступаетъ покупка женщинъ. Этотъ обычай распространяется по всему свѣту и является всюду предвѣстникомъ урегулированныхъ брачныхъ отношеній. Конечно и эта форма заключенія брака ведетъ къ полной подчиненности жены, но возможно все таки смягчить ея зависимость такъ или иначе, напр. тѣмъ, что мужу предоставляется уплатить не полную покупную стоимость жены, а только часть ея, остальная часть съ него слагается („Taliculo“ у малайцевъ). Результатомъ этого является то, что у семьи жены все же остаются нѣкоторыя права на нее и поэтому мужъ не можетъ убить ее безнаказанно. Вообще идея купли у народовъ чрезвычайно совершенствуется. Такъ у негровъ въ нашихъ колоніяхъ признается правиломъ, что цѣна жены должна быть возвращена назадъ, если она безъ основанія покидаетъ мужа или если она умираетъ бездѣтной. Впрочемъ семья жены можетъ помочь себѣ здѣсь тѣмъ, что предоставляетъ безплатно мужу другую жену. Поэтому дочери считаются благословеніемъ и богатствомъ и у кафровъ случается, что люди, владѣющіе большимъ количествомъ скота и обладающіе многими дочерьми соединяются въ нѣкотораго рода товарищество, гдѣ капиталъ, состоящій въ скотѣ съ одной стороны, и въ дѣвушкахъ съ другой образуетъ вкладъ товарищества.

---

[1]) Много примѣровъ по этому вопросу можно найти въ Z. vgl. Rechtsw.

Однимъ изъ интереснѣйшихъ явленій эволюціи является то обстоятельство, что покупка женщинъ прекращается въ мнимую покупку. Это произошло раличными путями. Часто цѣна за женщину, которая первоначально уплачивалась отцу или дядѣ жены предоставлялась самой женѣ и такимъ образомъ становилась ея имуществомъ. Часто также встрѣчался обычай, что родители жены давали за нее мужу приданое, которое было равноцѣннымъ покупной цѣнѣ жены или даже нерѣдко значительно превышало ее. Такъ постепенно исчезла покупная цѣна жены какъ у индогерманцевъ, такъ и у семитовъ; у индусовъ она превратилась въ имущество жены „Çulka", у евреевъ „Ketuba", у арабовъ и исламитовъ „Mahr". Въ старо-вавилонскомъ правѣ женихъ долженъ былъ уплачивать будущему тестю извѣстную сумму, называемую tirhatu, взамѣнъ этого жена приносила мужу съ собой свое имущество, siriktu. Tirhatu было впослѣдствіе упразднено, siriktu-же продолжало существовать и имѣло въ ново-вавилонскомъ правѣ большое значеніе.

Этическому мотиву развитія былъ данъ большой просторъ, послѣ того какъ были устранены жизненная нужда и принудительность въ развитіи. Такъ возникла форма брака, которая мистически стремилась провесть идею духовнаго единенія обоихъ супруговъ: соединеніе крови, общая ѣда и житье, таково у японцевъ „San-San-kudo", т. е. тройное опорожненіе трехъ бокаловъ, у индусовъ смѣшеніе риса и т. д. Такъ появилось заключеніе брака священниками, когда возникло и укрѣпилось священство, какъ напр. у индусовъ, гдѣ этотъ бракъ заключается въ различныхъ формахъ и гдѣ браминъ произноситъ священныя слова даже надъ низшими кастами общества, которыя могутъ приближаться къ нему только на нѣкоторомъ разстояніи.

Дальнѣйшая судьба брачнаго права можетъ здѣсь остаться неразсмотрѣнной. Въ новѣйшее время церков-

ный бракъ болѣе или менѣе уступаетъ мѣсто гражданскому и послѣднiй (большей частью въ видѣ обязательнаго гражданскаго брака) господствуетъ теперь въ нашей культурной жизни.

Вся эта эволюцiя показываетъ самымъ яркимъ образомъ, какъ культурный прогрессъ совершается помимо сознанiя людей (см. выше стр. 8). Навѣрное тотъ, кто первый похитилъ себѣ жену, никоимъ образомъ не зналъ, какимъ благодѣтелемъ человѣчества онъ сдѣлался.

Подобный же прогрессъ наблюдается и въ избранiи супруга. Первоначально заключенiе брака совершалось какъ бы само собой. Группы лицъ заключали браки между собой, затѣмъ отдѣльное лицо, принадлежащее къ одной группѣ, вступаетъ въ бракъ съ однимъ лицомъ другой группы. Но это происходитъ не по собственному желанiю даннаго лица, а по усмотрѣнiю всей группы или семьи, происходящей отъ группы. Такъ еще во многомъ избранiе спутника жизни предоставляется волѣ семьи. Интересы семьи воплощены здѣсь въ бракѣ и поэтому семья не допускаетъ самостоятельнаго рѣшенiя отдѣльнаго лица, такъ же какъ Царствующiй Домъ не разрѣшаетъ Наслѣднику выбирать себѣ жену по своему желанiю.

Громаднымъ прогрессомъ является уже то, что мужъ при покупкѣ жены имѣетъ право свободнаго выбора и можетъ прiобрѣсть себѣ за свои деньги жену, также какъ корову или теленка. Владычество рода и семьи сосредоточивается теперь на женщинѣ. Женщина въ рукахъ семьи становится товаромъ и при томъ цѣннымъ, и цѣна, вырученная за продажу женщины, является однимъ изъ главныхъ доходовъ главы семьи.

Но еще въ теченiи столѣтiй жена находится подъ игомъ своей семьи. Бракъ противъ воли семьи не разрѣшается ей или ставится ей въ тяжкiй укоръ.

Только новѣйшее время освободило женщину отъ этого и тѣмъ самымъ предоставило новую почву для

развитія дѣятельности отдѣльной личности. Въ связи съ этимъ создалась масса индивидуальныхъ страстей и вліяніе личнаго выбора, со всѣми связанными съ нимъ страданіями и радостями, что составляетъ особенность современной жизни. Съ достиженіемъ свободы выбора самый выборъ пріобрѣтаетъ совсѣмъ иной характеръ. Выступаютъ на сцену личныя влеченія, покоящіяся въ нѣдрахъ половой жизни, источники индивидуальной радости и индивидуальнаго страданія съ возможностью провесть жизнь съ богатымъ содержаніемъ, совершенно недоступную для прежнихъ временъ.

§ 22. Тайный бракъ.

Развитіе единобрачія совершается какъ уклоненіе отъ предыдущаго права, оно является нѣкоторымъ образомъ похищеніемъ, которое отдѣльное лицо совершаетъ по отношенію къ обществу. Отсюда происходитъ цѣлый рядъ явленій, которыя я объединяю подъ однимъ общимъ наименованіемъ „тайнаго брака“. Бракъ заключается тайно, или, если онъ и совершается открыто, то новобрачные не присутствуютъ при торжествѣ, тихонько исчезая. Отсюда же можетъ быть произведена боязнь тещи и свекрови. Супруги боятся родителей своихъ супруговъ, общеніе между ними прекращается, суевѣрная отчужденность раздѣляетъ оба поколѣнія. Подобныя черты замѣчаются повсемѣстно. Онѣ показываютъ, какъ повсюду единобрачіе является чѣмъ то позднѣйшимъ, необыкновеннымъ, прежде незаконнымъ [1]).

§ 23. Образованіе отцовскаго права.

Отцовское право развивается, какъ это ясно изъ предыдущаго, сначала какъ право господское. Супругъ

---

1) Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XIV стр. 341 и сл. и другія мѣста.

—господинъ жены и вмѣстѣ съ тѣмъ ея плода. Поэтому у большинства культурныхъ народовъ на извѣстной стадіи образуется такое положеніе семейнаго права, что имѣетъ значеніе не то обстоятельство, кѣмъ зачато дитя, а то, что оно принадлежитъ женѣ, а этимъ самымъ и ея мужу. Это имѣетъ въ тѣ времена тѣмъ большее значеніе, что рабочая сила очень цѣнится и что каждый сынъ въ семьѣ увеличиваетъ состояніе ея одной рабочей силой. Поэтому и появляется какъ у индогерманцевъ, такъ и у семитовъ оригинальное учрежденіе, согласно которому жена въ случаѣ бездѣтности должна вступить въ связь съ другимъ мужчиной, чаще всего съ братомъ или родственникомъ мужа съ тѣмъ, чтобы подарить семьѣ ребенка. Тоже самое происходитъ, если мужъ умираетъ, не оставивъ дѣтей. Это право, какъ извѣстно, носитъ названіе по примѣненію у евреевъ левиратнаго права. Въ индійскомъ правѣ оно получило особое выраженіе: оно образовало институтъ „Niyoga“, а сынъ, рожденный такимъ образомъ, назывался „Kshetraja“. Положеніе послѣдняго въ семьѣ было совершенно уравнено съ положеніемъ законнаго сына, именуемаго „Aurasa“. Одной изъ интереснѣйшихъ эволюцій является, какъ этотъ институтъ постепенно прекратилъ свое существованіе, какъ онъ сталъ все болѣе и болѣе противенъ взглядамъ народа, такъ какъ его легко можно было замѣнить усыновленіемъ чужого ребенка. Эту замѣну и уничтоженіе института мы можемъ легко прослѣдить въ индійскихъ книгахъ законовъ [1]).

На основаніи этого самаго принципа въ индогерманскомъ правѣ дитя, которымъ была беремѣнна жена до вступленія въ бракъ, считалось ребенкомъ су-

[1]) Его мы можемъ встрѣтить въ греческомъ и въ германскомъ правѣ, а также въ Арменіи, Klidschian въ Zeitschr. f. vergl. R. XXV стр. 236, и въ другихъ мѣстахъ.

пруга, независимо отъ того, кѣмъ онъ былъ зачатъ. Это дитя въ индійскомъ правѣ называется „Sahodha“, (принесенный). Точно также то дитя, которое жена родила до заключенія брака считается ребенкомъ дѣвы,—„Kânîna“. И наконецъ даже дитя отъ преступной связи, тайно рожденное, обязанное своимъ появленіемъ на свѣтъ преступленію родителей, было первоначально полноправнымъ членомъ семьи; отсюда и извѣстное изреченіе: pater est, quem nuptiae demonstrant. Только постепенно наступаетъ въ этомъ отношеніи перемѣна. Дѣти незаконнорожденныя все болѣе отодвигаются на задній планъ, такъ какъ имъ ставится въ вину недостатокъ ихъ рожденія. И такъ постепенно эти дѣти снабжаются алиментами, или совершенно устраняются изъ семьи и возникаетъ второй взглядъ на значеніе отца, согласно которому отецъ считается родителемъ ребенка. Конечно кое-что еще остается и отъ старыхъ воззрѣній и даже и теперь еще они не вполнѣ исчезли. И въ настоящее время имѣетъ значеніе положеніе: если супругъ является возможнымъ отцомъ, то онъ разсматривается какъ настоящій отецъ. Впрочемъ доказательство, что мужъ не можетъ быть отцомъ ребенка, допустимо и оспариваніе дѣйствительности брака въ этомъ случаѣ разрѣшается, но съ той особенностью, что мужъ можетъ оспорить бракъ, но если онъ этого не дѣлаетъ, то дитя продолжаетъ считаться рожденнымъ въ бракѣ, такъ какъ не допускается, чтобы третье лицо нарушало семейный покой и разрывало семейную связь, которая по желанію ближе всего заинтересованныхъ лицъ должна быть сохранена.

Этотъ переворотъ произошелъ не безъ вліянія религіозной идеи, давшей отцовскому праву новое значеніе. Создалось распространенное по всему міру представленіе, что душа ребенка до рожденія или послѣ него вступаетъ въ таинственную связь съ мужемъ матери.

Съ этихъ поръ мужъ не можетъ дѣлать извѣстныхъ вещей, такъ какъ полагаютъ, что ребенку этимъ причиняется вредъ, что ребенокъ тогда является на свѣтъ уродомъ, что онъ заболѣваетъ и что душа исчезаетъ. Разъ эта мысль получила развитіе, то пришли къ выводу, что дитя принадлежитъ мужу, также какъ и женѣ. Оно связано съ нимъ и тѣломъ и душой не потому только, что онъ родитель ребенка, а и потому, что онъ мужъ жены. Но одно переходитъ въ другое: такимъ образомъ становится понятнымъ для первобытныхъ народовъ сходство дитяти съ отцомъ. У нѣкоторыхъ племенъ эта идея выразилась въ странномъ обычаѣ, который обыкновенно называютъ „Couvade". Онъ заключается въ томъ, что мужъ долженъ нѣкоторое время послѣ рожденія ребенка лежать въ постели, въ то время какъ жена совершаетъ работы по хозяйству. Мысль здѣсь та, что какъ разъ въ это рѣшающее время мужу необходима особая забота, воздержаніе и уединеніе, такъ какъ въ противномъ случаѣ страдаетъ организмъ ребенка и самъ ребенокъ умираетъ. Этотъ странный обычай есть ничто иное, какъ преувеличенное выраженіе представленія, относящагося къ первобытнымъ явленіямъ нашего рода.

§ 24. Искусственное родство.

Родство, не основывающееся на общности крови, я называю искусственнымъ родствомъ. Оно обнимаетъ собой не только учрежденія, существующія и до сихъ поръ у культурныхъ народовъ, но и тѣ, которыя давно исчезли при прогрессѣ культуры. Важнѣйшимъ учрежденіемъ этого рода является принятіе къ себѣ ребенка или усыновленіе. Оно заключается въ томъ, что дитя, которое по крови чуждо данному лицу, какимъ либо актомъ принимается имъ въ домъ въ качествѣ своего ребенка. Это явленіе от-

носится къ древнѣйшимъ временамъ. У нѣкоторыхъ народовъ усыновленіе столь часто, что оно становится обмѣномъ дѣтей. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ пережиткомъ времени господства группового брака, такъ какъ тогда дитя принадлежало всей группѣ и было совершенно случайнымъ явленіемъ, у кого изъ лицъ данной группы ребенокъ жилъ.

Принятіе на усыновленіе часто совершалось подъ вліяніемъ мистическихъ силъ, именно тѣмъ, что благодаря единенію душъ возникали у усыновленнаго отношенія къ отцу и матери, какъ у родного ребенка. Для этого часто пользовались обрядомъ посвященія юношей. Какъ мы знаемъ, дитя получало при этомъ новую душу, и если это посвященіе совершалось въ семьѣ, усыновившей ребенка, то естественнѣе всего являлась мысль, что дитя раздѣляетъ душу съ этой семьей. Отсюда и ведетъ свое происхожденіе нерѣдко встрѣчающееся правило, что усыновленіе должно совершаться до посвященія юношей и находиться съ нимъ въ связи. Въ особенности это замѣтно въ индійскомъ правѣ. Но и въ германскомъ правѣ усыновленіе путемъ передачи оружія или остриженія волосъ связано съ посвященіемъ юношей. Соотвѣтственно этому образу мыслей создался обрядъ, состоящій въ томъ, что сажаютъ ребенка на колѣни или даже спускаютъ его затѣмъ оттуда на землю для того, чтобы образно представить актъ рожденія, или кладутъ дитя матери на грудь (на Кавказѣ и у этрусковъ). Впослѣдствіе усыновленіе становится чисто юридическимъ институтомъ, лишается всякой мистической окраски и нерѣдко обозначается тѣмъ, что дитя заносится въ родовыя таблицы.

Причиной усыновленія было не только естественное стремленіе имѣть потомство, но и другія идеи. Особенно важной изъ нихъ была та, что пріемышъ обязанъ, какъ сынъ, приносить жертвоприношенія въ память умершаго и тѣмъ доставлять покойному

спокойствіе и счастье въ загробной жизни. Этотъ мотивъ оказалъ одинаковое вліяніе на институтъ усыновленія какъ у жителей Восточной Азіи (китайцевъ, японцевъ, корейцевъ), такъ и у индо-германцевъ, въ особенности у индусовъ и грековъ[1]).

Но постепенно исчезаютъ этотъ и подобные ему мотивы и остается только естественный семейный мотивъ; послѣдній такъ могуществен, что этотъ институтъ и въ современной жизни играетъ выдающуюся роль, хотя онъ и не представляетъ болѣе такого важнаго института, какимъ онъ является напр. въ жизни индусовъ. Исламъ правда не знаетъ усыновленія, но по той причинѣ, что пророкъ не призналъ его, такъ какъ онъ былъ для него неудобенъ: онъ хотѣлъ принять жену своего пріемнаго сына въ число своихъ женъ, но онъ бы не могъ этого сдѣлать, если бы усыновленіе продолжало существовать въ качествѣ дѣйствующаго института и если бы эта женщина была его невѣстой.

Слѣдуетъ отличать отъ усыновленія систему семейной замѣны, существующую у краснокожихъ: плѣнный принимается въ семью на мѣсто покойнаго, будь послѣдній въ семьѣ сыномъ или братомъ или отцомъ, безразлично; онъ воспринимаетъ душу умершаго, занимаетъ всецѣло его мѣсто, получаетъ его состояніе, семью и т. д. Это учрежденіе было благодѣтельно для краснокожихъ, такъ какъ они въ своихъ войнахъ совершенно истребляли другъ друга. Въ случаѣ большихъ потерь людьми, они обыкновенно старались возмѣстить ихъ указаннымъ образомъ изъ числа плѣнныхъ, занимавшихъ у нихъ тогда мѣсто умершихъ или погибшихъ въ бою. Конечно этотъ институтъ можетъ существовать лишь при глубокой вѣрѣ въ это превращеніе также и со стороны плѣнника, такъ

---

1) О греческомъ правѣ см. Kohler und Ziebarth, Recht von Gortyn стр. 117.

какъ въ противномъ случаѣ было бы невозможно, чтобы плѣнный настолько сблизился съ враждебной семьей, чтобы въ ней царило спокойствіе и порядокъ и чтобы новый отецъ семьи дѣйствовалъ въ племени также, какъ и прежній.

Другимъ, ранѣе распространеннымъ институтомъ, является институтъ братьевъ и сестеръ по крови, заключающійся въ томъ, что между двумя лицами завязываются отношенія какъ брата къ брату или сестры къ брату. Въ древнія времена этотъ институтъ былъ настолько развитъ, что оба брата считались чѣмъ то единымъ, двумя тѣлами, но одной душой. Это единство сказывалось также въ общности у нихъ женъ и имущества. Жена одного кровнаго брата считалась женой другого, имущество одного изъ нихъ считалось одновременно и имуществомъ другого и ни одинъ изъ нихъ не имѣлъ ничего такого, что бы не считалось ихъ общей собственностью. Таковымъ мы находимъ кровное родство во многихъ частяхъ земного шара и на Малайскихъ островахъ и въ Восточной Африкѣ. Постепенно начинаютъ противодѣйствовать громаднымъ послѣдствіямъ этого института и стараются дать возможность кровнымъ братьямъ оставаться друзьями, но безъ того, чтобы ихъ отдѣльныя личности соединялись воедино и безъ права для одного изъ нихъ хозяйничать въ домѣ другого. Во всякомъ случаѣ кровный братъ остается личностью близкой, помощникомъ въ бѣдѣ и совѣтчикомъ въ горѣ. Но главнѣйшее его значеніе зиждется на его роли въ области кровной мести. Одинъ кровный братъ долженъ отомстить за другого, это является его священнѣйшимъ долгомъ. Въ силу этого кровное родство сдѣлалось въ нашихъ колоніяхъ цѣлесообразнымъ, даже необходимымъ институтомъ. Кровное братство со знатнымъ вождемъ можетъ сохранить путешественнику жизнь и имущество, такъ какъ убійца или разбойникъ побоится навлечь на себя ужасную месть. Правда существуютъ

нѣкоторыя сомнительныя стороны этого института, и чернокожіе вожди — кровные братья часто бываютъ очень требовательными. Особеннымъ видомъ кровнаго родства является союзъ „P e l a“, кровный союзъ одной общины съ другой (названный такъ у малайцевъ), который состоитъ въ подачѣ взаимной помощи и составляетъ препятствіе къ браку; онъ встрѣчается у галловъ и южныхъ славянъ.

Въ современномъ государствѣ все это родство совершенно исчезло. Во всякомъ случаѣ мы его больше не находимъ въ нашемъ кодефицированномъ правѣ, хотя оно и сохранилось въ жизни нѣкоторыхъ народовъ, напр. у современныхъ грековъ. Причиной его уничтоженія является то обстоятельство, что въ позднѣйшемъ своемъ развитіи оно главнымъ образомъ касается кровной мести, нерѣдко также ведетъ къ созданію противо-государственныхъ союзовъ, а и то и другое должно исчезнуть при прогрессѣ культуры.

Другіе виды искусственнаго родства имѣютъ менѣе важное значеніе, часто область ихъ примѣненія ограничивается небольшимъ мѣстнымъ райономъ. Мы не можемъ все же не упомянуть объ институтѣ м о л о ч н а г о р о д с т в а по Исламу, который, какъ кажется, пророкъ перенялъ у нѣкоторыхъ аравійскихъ племенъ. Молоко подобно крови: дитя находится въ такомъ же отношеніи къ кормилицѣ, какъ и къ матери. Итакъ, дѣти, вскормленныя одной кормилицей, считаются молочными братьями и сестрами и находятся между собой въ родствѣ. Цослѣдствіемъ этого по Исламу является запрещеніе браковъ. Оно въ такой же силѣ по отношенію къ молочному родству, какъ и къ кровному. Родство, возникшее такимъ образомъ между лицами, вскормленными одной и той же кормилицей, препятствуетъ затѣмъ молочнымъ родственникамъ вступать между собою въ бракъ. Это весьма неудачное учрежденіе, создающее въ странахъ Ислама много затрудненій.

У другихъ народовъ этотъ институтъ встрѣчается рѣдко.

Еще однимъ видомъ искусственнаго родства является родство съ пріемнымъ отцомъ и учителемъ. Оно имѣетъ связь и съ институтомъ усыновленія и съ институтомъ посвященія юношей. Посвященный юноша самымъ посвященіемъ становится нѣкоторымъ образомъ въ родственныя отношенія къ лицу, посвящающему его; такъ возникаетъ въ Индіи родство между браминомъ и его воспитанникомъ, такъ въ мірѣ христіанскомъ возникаетъ родство между крестнымъ отцомъ и крестникомъ, игравшее въ свое время большую роль, да и въ настоящее время являющееся важнымъ препятствіемъ къ браку у Балканскихъ народовъ.

β. Право наслѣдственное.

§ 25. Общія положенія [1]).

Въ случаѣ смерти отдѣльной личности для существованія индивидуальнаго имущества нѣтъ больше разумнаго основанія, такъ какъ только въ пользу отдѣльной личности извѣстное имущество было выдѣлено изъ общей массы. Индивидуализація имѣла въ виду отдѣльную опредѣленную личность, а потому была временной; со смертью лица она прекращается. Но здѣсь возникаетъ вторая ступень индивидуализаціи: имущество остается индивидуальнымъ, оно переходитъ опять къ отдѣльнымъ лицамъ. Все болѣе и болѣе начинаютъ бояться общности имуществъ и стараются сколь возможно содѣйстовать развитію отдѣльныхъ имуществъ. Такимъ путемъ развилось наслѣдственное право. Оно слѣдовательно предполагаетъ двѣ ступени индивидуализаціи: одну, которая выдѣляетъ извѣстное имущество изъ об-

[1]) Lehrbuch der Rechtsphil. стр. 132 и сл.

щей массы и другую, которая стремится къ тому, чтобы это выдѣленіе продолжало существовать послѣ смерти данной отдѣльной личности.

Наслѣдники обыкновенно выбираются изъ среды семьи; иногда назначается одинъ только наслѣдникъ, иногда нѣсколько. Способъ избранія ихъ бываетъ очень различенъ, такъ какъ при этомъ могутъ имѣть значеніе самые разнообразные интересы: интересы жертвоприношенія, сохраненія семейнаго имущества, интересы цѣлости имущества и наконецъ интересы ближайшаго семейнаго союза, среди котораго жилъ наслѣдодатель и о которомъ предполагаютъ, что онъ стоялъ къ наслѣдодателю въ болѣе близкихъ отношеніяхъ, чѣмъ другіе члены семьи.

Поэтому не было ничего болѣе ошибочнаго, какъ то, что естественное право желало разъ навсегда обозначить нѣкоторыхъ наслѣдниковъ, какъ естественныхъ и устранить такіе институты, какъ майоратъ и миноратъ, якобы противорѣчащіе справедливости. Стремленіе эволюціи направлено прежде всего къ тому, чтобы дать имуществу возможность продолжать существовать въ видѣ индивидуальнаго имущества. Назначеніе одного наслѣдника можетъ зависѣть отъ самыхъ разнообразныхъ воззрѣній. Задачей же права является охранять важнѣйшія и наиболѣе цѣнныя соображенія, а разъ оно этого не дѣлаетъ, то оно несправедливо.

Существуютъ народы, которые остановились при назначеніи наслѣдниковъ на первой линіи родства. Это были: во времена господства материнскаго права племянники, а отцовскаго—сыновья, а когда такихъ членовъ семьи налицо не было, то ихъ создавали искусственно. Это — особенно характерная черта восточно-азіатскаго права: китайцы, японцы и корейцы допускаютъ только право наслѣдованія нисходящихъ одного поколѣнія, а если таковыхъ нѣтъ, то этотъ недостатокъ возмѣщается путемъ усыновленія. Въ случаѣ необходи-

мости усыновленіе совершается и послѣ смерти, причемъ относительно выбора лицъ установлены особыя правила, соблюдаемыя всегда, если только нѣтъ какихъ либо особыхъ основаній противъ. Этотъ типъ наслѣдственнаго права сохраняется еще и до сихъ поръ въ японскомъ гражданскомъ уложеніи.

Права другихъ народовъ идутъ дальше и въ случаѣ неимѣнія нисходящихъ допускаютъ къ наслѣдованію и другихъ родственниковъ. При этомъ особеннаго развитія достигли двѣ системы: система близости степени родства и система наслѣдованія парентеловъ. Кромѣ того существуютъ еще и болѣе или менѣе безпорядочныя смѣшанныя системы. При опредѣленіи степеней родства не руководствуются организаціей семьи, а измѣряютъ только порядокъ степеней, которыя нужно пройти отъ наслѣдника къ наслѣдодателю. Здѣсь дается возможность вычислить число лицъ, стоящихъ между ними и чрезъ нихъ дойти и до наслѣдодателя. Отъ этой системы существенно отличается порядокъ наслѣдованія парентеловъ; онъ исходитъ изъ разсмотрѣнія организаціи семьи. Каждый со своимъ нисходящимъ образуетъ первый порядокъ. Второй образуетъ отецъ со своими нисходящими, третій—дѣдъ со своими и т. д. Такъ поднимаются вверхъ со ступени на ступень, слѣдя за органическимъ развитіемъ семьи. Сначала идутъ наслѣдники перваго, затѣмъ второго, наконецъ третьяго порядка и т. д., такъ что постепенно какъ бы поднимаютъ одинъ слой за другимъ. Конечно тотъ, кто находится въ первой парентелѣ, тотъ одновременно съ этимъ является родственникомъ тѣхъ лицъ, которыя принадлежатъ ко второй и т. д. Но если законъ относитъ однихъ лицъ къ первой парентелѣ, то вторая состоитъ только изъ тѣхъ лицъ, которыя не входятъ въ составъ первой и т. д.

Идея послѣдовательности парентеловъ столь ясна, что нечего удивляться тому, что она образовалась совер-

шенно независимо въ самыхъ разнообразныхъ областяхъ земного шара. Особенно сильно развитой мы находимъ идею о парентелахъ въ правѣ индусовъ и въ германскомъ правѣ, далѣе въ правѣ іудеевъ и арабовъ. Также и у другихъ народовъ можно замѣтить по крайней мѣрѣ отраженія этой идеи.

Очень важнымъ является вопросъ, какъ происходитъ наслѣдованіе: поколѣнно, или поголовно, или, говоря иначе, имѣетъ ли значеніе такъ называемое право представленія. Этотъ вопросъ можетъ представиться въ двухъ случаяхъ: возможно, что существуетъ сынъ, а также внукъ отъ другого сына, въ то время какъ другой сынъ уже умеръ. Спрашивается теперь, исключаетъ ли сынъ при наслѣдованіи оставшагося въ живыхъ внука, или они наслѣдуютъ вмѣстѣ? Во второмъ случаѣ говорятъ, что внукъ представляетъ или замѣщаетъ мѣсто сына, отъ котораго онъ происходитъ, — выраженіе это, если и не вполнѣ подходитъ, то во всякомъ случаѣ выражаетъ народнымъ языкомъ правильную мысль. Права многихъ народовъ долго противились признанію этого принципа. Исламъ и до сихъ поръ не признаетъ его. Необходимо было продолжительное время развитія для того, чтобы его признало германское право, въ то время какъ прежде здѣсь царилъ принципъ: чѣмъ ближе кровь, тѣмъ ближе и имущество.

Второй случай въ наслѣдственномъ правѣ, гдѣ выступаетъ право представительства, слѣдующій: наслѣдники въ одинаковой степени родства. Существуетъ напр. шесть внуковъ отъ одного сына и двое отъ другого. Оба сына умерли, и вотъ является вопросъ, слѣдуетъ ли раздѣлить наслѣдственное имущество между внуками поголовно (въ равныхъ доляхъ) или здѣсь также имѣетъ значеніе семейная организація и наслѣдство должно быть раздѣлено на двѣ части, при чемъ одна половина предоставляется шести наслѣдникамъ, а другая двумъ. Въ области этого примѣненія праву

представленія пришлось выдержать еще немалую борьбу. Многіе законы, которые знакомы съ нимъ въ другомъ видѣ, отрицаютъ его. Наше современное право германскихъ и романскихъ народовъ признало его, исходя изъ того взгляда, что положеніе внуковъ въ семьѣ но должно измѣняться въ зависимости отъ преждевременной смерти сыновей. Если бы сыновья оставались въ живыхъ, то внуки получили бы по правилу (благодаря сыновьямъ, своимъ родителямъ) по половинѣ состоянія. Нѣтъ никакихъ достаточныхъ основаній для того, чтобы ввести другое дѣленіе въ томъ случаѣ, когда всѣ сыновья поумирали и внуки должны наслѣдовать непосредственно такъ, чтобы въ приведенномъ случаѣ два внука, которые должны бы были получить каждый четвертую часть имущества, получили бы лишь одну восьмую. Германское право впрочемъ долго боролось съ признаніемъ этого начала, руководствуясь принципомъ: „So viel Mund, so viel Pfund“ (сколько ртовъ, столько дѣлежекъ).

Совершенно независимо отъ этого возникаетъ вопросъ о границахъ порядка наслѣдованія и въ особенности о томъ, можно ли распространить порядокъ наслѣдованія въ родовыхъ имуществахъ in infinitum. Наше гражданское уложеніе устанавливаетъ порядокъ наслѣдованія парентелъ in infinitum, но, начиная съ парентелы прадѣда, устанавливаетъ наслѣдованіе не поколѣнія, а отдѣльныхъ лицъ по степенямъ родства. Швейцарское гражданское уложеніе отрицаетъ право наслѣдованія въ парентелѣ прадѣда и предоставляетъ прадѣду и прабабкѣ и ихъ дѣтямъ лишь ограниченныя права. Но и это излишне. Право наслѣдованія въ парентелѣ родителей было бы совершенно достаточно. Право наслѣдованія между дядей и племянникомъ, тетей и племянницей—это все, что еще имѣетъ свой raison d'être и притомъ отъ восходящихъ къ нисходящимъ, а не наоборотъ. Нельзя также найти справедли-

вымъ принципъ германскаго законодательства, дающій предпочтеніе родителямъ передъ братьями и сестрами. Слѣдовало бы ограничить право наслѣдованія только по направленію отъ нисходящихъ къ восходящимъ [1]).

§ 26. Наслѣдованіе агнатской семьи.

Агнатская семья оставила сильный отпечатокъ на наслѣдованіи: наслѣдуютъ не только всѣ тѣ лица, которыя связаны другъ съ другомъ черезъ мужчинъ, т. е. зачатіемъ, но начинаютъ исключать изъ наслѣдованія женщинъ, даже въ томъ случаѣ, если онѣ связаны указаннымъ образомъ.

Вообще старались унизить положеніе женщины въ сферѣ правъ и лишить ее возможности обладать большимъ состояніемъ: она должна была въ той или иной семьѣ занимать зависимое положеніе. Впослѣдствіе смягчили этотъ принципъ. Магометъ предоставилъ женщинамъ, вопреки старымъ обычаямъ, право наслѣдованія, хотя оно и было построено неорганически. Если напр. сталкиваются права сестры и брата, дочери и сына, то женщина, также какъ и ея сонаслѣдникъ мужчина, становится наслѣдницей, но она получаетъ только половину доли, которую получаетъ мужчина, согласно тому старому принципу, по которому женщина получала только полувирье. Если же женщина не имѣетъ таковаго сонаслѣдника мужчины, то она по опредѣленію Магомета получаетъ опредѣленную часть „Fardh“, приблизительно половину, шестую часть и т. д. Такимъ образомъ получаютъ свои части „Fardh“ дочь, дочь сына, сестра, мать (но также и отецъ, супруги и единоутробныя сестры). Вслѣдствіе этого система сдѣлалась конечно весьма запутанной и повела къ очень оригинальнымъ странностямъ. Такъ напр. могъ представиться такой

---

[1]) Ср. мои Gesammelten Abhandlungen стр. 364.

случай, что призваны единоутробные братья и сестры въ качествѣ „Fardh“—наслѣдниковъ, въ то время какъ родные братья и сестры не получали никакой части, почему одинъ калифъ и издалъ знаменитое, такъ называемое рѣшеніе осла, въ которомъ дѣлалась фикція, что отецъ родныхъ братьевъ и сестеръ былъ осломъ, такъ что они считались только единоутробными и какъ таковые призывались къ наслѣдованію [1]).

§ 27. Распоряженіе на случай смерти [2]).

О такомъ распоряженіи первоначально народы не имѣютъ никакого понятія. Они не могутъ себѣ представить, чтобы послѣ смерти, когда человѣкъ перестаетъ существовать, воля его все еще продолжаетъ въ полной мѣрѣ дѣйствовать. Разъ предоставляли собственнику право при жизни продать свою собственность и лишить ея своихъ наслѣдниковъ, то должны были прійти въ концѣ концовъ и къ той мысли, что необходимо предоставить собственнику также и право установить по своему усмотрѣнію порядокъ перехода его имущества къ другому лицу; это обстоятельство и привело къ созданію распоряженій на случай смерти. Такимъ путемъ должны были прійти къ такъ называемому наслѣдственному договору. Его образованію особенно содѣйствовало два обстоятельства: прежде всего нужно было кого нибудь усыновить. Тогда это лицо становилось законнымъ наслѣдникомъ, какъ усыновленное. Но ничто не препятствовало ослабленію значенія усыновленія дѣтей въ такой степени, какъ то, что усыновленіе ограничивалось только вліяніемъ на наслѣдственное право и лишало значенія всѣ другія стороны семейнаго союза. Другимъ обстоятельствомъ было то, что

[1]) Rechtsvergleichende Studien стр. 108.

[2]) Lehrbuch der Rechtsphilosophie стр. 137.

созывали народное собраніе и предъ нимъ и съ его согласія переводили имущество на другого, тотчасъ же или на будущее время. Этимъ самымъ распоряженіе достигало въ то же время извѣстнаго общественнаго характера и признавалось закономъ.

Наслѣдственный договоръ носилъ связывающій характеръ и могъ быть расторгнутъ только съ согласія обѣихъ сторонъ. Это сдѣлалось тягостнымъ и если бы человѣчество не перешагнуло чрезъ это препятствіе, то акты послѣдней воли остались бы рѣдкимъ явленіемъ. Двоякимъ путемъ пришли къ созданію односторонняго отмѣнимаго распоряженія, къ завѣщанію: 1) заключая наслѣдственный договоръ, сохраняли за собой право отступленія или 2) предоставляли имущество не наслѣднику, а довѣренному лицу, душеприказчику и поручали ему выполненіе цѣлаго ряда завѣщательныхъ распоряженій наслѣдодателя [1]). Юридическимъ наслѣдникомъ здѣсь являлся душеприказчикъ, но онъ былъ наслѣдникомъ фидуціарнаго характера въ интересахъ третьихъ лицъ. Такъ какъ для довѣреннаго лица было безразлично, получитъ ли имущество A или B, то естественно предоставляли наслѣдодателю право измѣнять свои распоряженія и передавать душеприказчику другой списокъ наслѣдниковъ: распоряженіе такимъ образомъ было возведено на степень акта послѣдней воли. Такимъ путемъ развилось одностороннее завѣщаніе [2])—

---

1) Einführung in die Rechtswissenschaft стр. 108.

2) Такъ въ римскомъ правѣ манципаціонное завѣщаніе. Отсюда и правило у римлянъ: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest; можно было только все свое состояніе цѣликомъ передать довѣренному лицу, familiae emptor'y, а это обстоятельство eo ipso исключало возможность порядка законнаго наслѣдованія; поэтому соединенія въ одномъ и томъ же случаѣ наслѣдованія по завѣщанію и по закону было въ римскомъ правѣ совершенно невозможно. Въ настоящее время держатся совершенно иныхъ взглядовъ.

одно изъ величайшихъ благодѣяній человѣчества, такъ какъ оно содержитъ въ себѣ слѣдующіе принципы: a) Воля личности пріобрѣтаетъ силу за предѣлами человѣческой жизни; b) завѣщатель можетъ обратить вниманіе на особыя обстоятельства и оставить средства тому, кто въ нихъ нуждается; c) онъ можетъ смягчить неравенство и несправедливость судьбы тѣмъ, что онъ предоставляетъ особое благо тому, кто появился на свѣтъ обдѣленнымъ природой; d) онъ можетъ содѣйствовать сохраненію тѣхъ имуществъ, дробленіе которыхъ было бы нежелательно въ хозяйственномъ и этическомъ отношеніи. Наконецъ завѣщаніе является актомъ человѣческой благотворительности, средствомъ для достиженія идеальныхъ цѣлей и въ особенности для надѣленія имуществомъ культурныхъ учрежденій.

Важной проблемой является вопросъ, насколько далеко можетъ идти наслѣдодатель и не подлежитъ ли его произволъ извѣстнымъ законнымъ ограниченіямъ. Нѣкоторыя законодательства, напр. древне-римское не устанавливаютъ здѣсь никакихъ ограниченій, кромѣ чувства совѣсти наслѣдодателя и общественнаго мнѣнія. Эта система имѣетъ за собой несомнѣнныя преимущества: цѣли завѣщанія могутъ быть полнѣе достигнуты, неравенства уравнены, цѣлость имущества можетъ быть легче сохранена и спасена отъ раздробленія. Однако ни римское, ни германское право на этомъ не остановились, оба предусматриваютъ случай злоупотребленія. Все же оставался открытымъ еще одинъ путь: возможно было предоставить свободному усмотрѣнію суда или власти рѣшеніе вопроса, не заключаетъ ли въ себѣ данный случай такого злоупотребленія, а въ особенности, не передано ли наслѣдство недостойному лицу. Какъ римское, такъ и германское право являютъ зародыши этого развитія. Но на этомъ не остановились; установили опредѣленные размѣры наслѣдственныхъ долей: ближайшіе наслѣдники должны полу-

чать право на законную долю, portio legitima, исключая тяжкихъ случаевъ преступленія противъ нравственности.

Это—система правъ современныхъ континентальныхъ государствъ, въ то время какъ англійское и англоамериканское право не знаютъ института обязательной доли, предоставляя наслѣдодателю полную свободу завѣщательнаго распоряженія имуществомъ, подчиняя ее лишь контролю семьи и общества. Нельзя не сознаться, что наше право считается также съ противоположными потребностями и условіями. Съ другой стороны эта система правда неблагопріятна большому скопленію капиталовъ. Въ большихъ предпріятіяхъ и въ крупныхъ имуществахъ она ведетъ, къ сожалѣнію, къ дробленію или во всякомъ случаѣ къ отягощенію основъ хозяйства и хозяйственныхъ средствъ, такъ что пришли къ сознанію необходимости, съ одной стороны путемъ установленія системы недѣлимыхъ, не могущихъ быть заложенными, родовыхъ имѣній, а съ другой—учрежденіемъ крестьянскихъ недѣлимыхъ участковъ, устранить тяжелыя хозяйственныя послѣдствія, которыя привели бы къ неизбѣжному раздѣленію цѣнностей.

Другой отрицательной стороной системы обязательной доли является то, что нерѣдко большое имѣніе должно достаться сыну, который какъ расточитель принесетъ ему мало пользы, или наслѣднику, состояніе котораго тотчасъ по его принятіи, перейдетъ въ руки кредиторовъ. Въ настоящее время такой исходъ стараются предотвратить путемъ установленія неприкосновенности обязательной доли имущества, которая разрѣшена для такихъ случевъ хозяйственной опасности, такъ что наслѣдникъ не получаетъ въ свои руки капитала, а только доходы съ него, въ то время какъ самое имущество объявляется неотчуждаемымъ или же управленіе имъ передается третьему лицу.

Однимъ изъ видовъ неприкосновенности является субституція, когда первый наслѣдникъ долженъ сохра-

нить наслѣдственное имущество въ полной неприкосновенности для второго. Этотъ институтъ, даже независимо отъ установленія обязательной доли, имѣетъ выдающееся значеніе. Его главное назначеніе — устранить то обстоятельство, что состоянія проматываются въ первомъ же поколѣніи. И этого часто слѣдуетъ опасаться, такъ какъ сыновья бережливыхъ родителей въ силу контраста нерѣдко отличается противоположными стремленіями. Такимъ образомъ наслѣдодатель можетъ обезпечить своимъ внукамъ и правнукамъ пользованіе тѣмъ состояніемъ, которое онъ пріобрѣлъ быть можетъ благодаря тяжкому труду и удачнымъ операціямъ.

Но все таки и эта система должна быть ограничена, такъ какъ создается дѣйствительно невозможное положеніе тѣмъ, что состояніе втеченіе столѣтій находится въ рукахъ однихъ и тѣхъ же лицъ и что порядокъ наслѣдованія долженъ происходить въ назначенной наслѣдодателемъ послѣдовательности. Поэтому современное право стремится къ тому, чтобы ограничить такое установленіе субституціи извѣстнымъ срокомъ или распространить ея дѣйствіе только на извѣстный рядъ поколѣній—ограниченія, которыя встрѣчаются въ германскомъ и швейцарскомъ гражданскихъ уложеніяхъ [1]).

Подназначеніямъ наслѣдника родственны учрежденія. Исламъ словомъ Wakf соединяетъ оба эти понятія. При субституціи подназначенный становится собственникомъ, правда при наличности отмѣнительнаго условія. Хотя онъ и не имѣетъ права трогать капитала, но пользованіе доходами предоставляется ему вполнѣ. Цѣль распоряженія можетъ быть конечно та, чтобы сохранить семьѣ благосостояніе, удержать потомковъ отъ расточительности. Однако эти цѣли охраны имуществъ не указываютъ имъ опредѣленнаго назначенія Совершенно инымъ является такъ называемое учрежденіе.

---

[1]) Einführung in die Rechtswissenschaft стр. 114.

Дестинатаръ — не собственникъ имущества, ему принадлежитъ только пользованіе доходами съ имущества сообразно цѣлямъ учрежденія. И если учрежденіе предназначено не въ пользу отдѣльныхъ лицъ и семействъ, а въ пользу какого нибудь заведенія или какихъ либо другихъ культурныхъ цѣлей, то разница между учрежденіемъ и субституціей еще болѣе значительна. Состояніе въ данномъ случаѣ гораздо сильнѣе связано, такъ какъ не только капиталъ, но и проценты должны быть употреблены въ смыслѣ, предназначенномъ для этого наслѣдодателемъ. Поэтому вся наша современная эволюція направлена къ тому, чтобы учрежденія основывались только съ разрѣшенія государственной власти. Государству при извѣстныхъ обстоятельствахъ должно принадлежать право опредѣлять имуществу учрежденія другое назначеніе или совершенно упразднить послѣднее, такъ какъ для того, чтобы здѣсь разумно дѣйствовать, необходимъ не только правильный взглядъ на дѣйствительность, но и предугаданіе будущаго.

Это конечный пунктъ развитія наслѣдственнаго права, гдѣ оно опять соприкасается съ коллективнымъ развитіемъ собственности, уже послѣ того, какъ оно сдѣлалось опорой частной собственности.

b) Обязательственное право.

§ 28. Обѣщаніе, какъ формально и матеріально связывающій элементъ [1]).

Отъ вышеуказанныхъ отношеній обязательственное право отличается существеннымъ образомъ. Оно создаетъ отношенія, не охватывающія всей жизни или

---

[1]) Ср. по этому поводу мою статью въ Archiv für Rechtsphilosophie V стр. 307 (представляющую собою докладъ, сдѣланный на конгрессѣ философовъ въ Болоньѣ).

хотя бы продолжительнаго періода времени, а только лишь болѣе или менѣе временныя отношенія, завязывающіяся и снова прекращающіяся, но весьма важныя вслѣдствіе ихъ многочисленности, разновидности и вліянія ихъ на жизнь человѣческую.

Обязательственное право въ значительной степени плодъ частно-правового развитія. Эпоха господства коммунистическихъ воззрѣній знаетъ обязательственное право только какъ деликтъ, гдѣ одна семья должна отвѣчать предъ другой за проступки своихъ членовъ. Въ нѣдрахъ семьи обязательственное право не имѣетъ мѣста. Принципъ взаимопомощи членовъ семьи является элементомъ семейственно-правовымъ, а не обязательственно-правовымъ. Только тогда, когда съ распаденіемъ семьи отдѣльныя лица начинаютъ, не взирая на принадлежность къ единой семьѣ, вступать между собой въ сношенія, тогда долговое право пріобрѣтаетъ обязательственный характеръ.

Институтъ обмѣна является отдаленнымъ предшественникомъ обязательственнаго права. Обмѣнъ вещей состоялъ въ непосредственной передачѣ одной вещи взамѣнъ другой, причемъ простыя отношенія не нуждались въ установленіи обязательства.

Дальнѣйшимъ развитіемъ была идея, что будущія дѣйствія должны входить въ сферу права. Это было прогрессомъ чрезвычайной важности какъ въ хозяйственномъ, такъ и въ этическомъ отношеніи. Благодаря экономическому прогрессу стало возможно будущія дѣйствія сдѣлать элементомъ оборота и ввести ихъ въ качествѣ объектовъ обмѣна. Тотъ, кто ничего за собой не имѣетъ кромѣ рабочей силы, можетъ вести предпріятіе на средства, предоставляемыя ему другими лицами съ тѣмъ условіемъ, чтобы онъ обѣщалъ въ будущемъ выполнить воздѣйствіе, послѣ того, какъ онъ получитъ съ предпріятія ожидаемый доходъ. Такимъ образомъ одно лицо надѣется на дѣйствіе въ будущемъ другого

и это мы называемъ кредитомъ. Благодаря кредиту появляется цѣлая масса новыхъ цѣнностей, прошлое служитъ будущему, а будущее прошлому и безпрепятственно человѣкъ повелѣваетъ теперь надъ временемъ и пространствомъ.

Юридическая конструкція этого отношенія была правда весьма различной. Первое время подобное отношеніе должно было являться чѣмъ то вродѣ имущественнаго права ввѣрителя на личность должника: первый имѣлъ право какимъ бы то ни было способомъ извлечь деньги изъ должника; должникъ былъ объектомъ залога. Такъ образовалась всемірно-историческая идея объ отвѣтственности должника и тѣломъ и жизнью, свободой, о долговомъ рабствѣ и объ отработкѣ долга должникомъ, отдавшимъ себя въ залогъ. Эта идея, хотя и просуществовала въ исторіи человѣчества въ теченіи многихъ вѣковъ и дѣйствовала въ воспитательномъ отношеніи на многія поколѣнія людей, но и навлекла на многочисленныя семьи цѣлое море бѣдствій. Это видно изъ сопровождающаго эти акты символизма: должникъ предоставляетъ кредитору свое тѣло или все свое существо передачею ему жезла, фетиша—эмблемы жизни. Этимъ онъ всецѣло и тѣломъ и душою передаетъ себя во власть кредитора. Мы замѣчаемъ уже ослабленіе этого института, когда кругъ вещей, служащихъ объектомъ залога, суживается и когда должникъ закладываетъ кредитору фунтъ своего мяса, свою свободу, честь и вѣчное спасеніе. Человѣчество должно было долгое время бороться, чтобы освободиться отъ этой мысли и въ концѣ концовъ это удалось. Но ранѣе было необходимо освободить личность отъ залога и вмѣсто этого установить понятіе обязательства: должникъ болѣе уже не отвѣчаетъ за долги, иными словами его личность свободна и неприкосновенна, онъ лишь обязанъ совершить извѣстное дѣйствіе. Этотъ переворотъ произошелъ первоначально въ области религіоз-

ной: должникъ давалъ обѣщаніе Божеству, обѣщаніе было религіознымъ обѣтомъ, но должно было быть результатомъ свободной воли, руководимой сознаніемъ своихъ обязанностей. Такимъ путемъ идея свободы воли связывалась съ идеей велѣнія права. Велѣніе права достигло признанія въ каноническомъ правѣ благодаря установленію духовной цензуры, въ свѣтскомъ правѣ— установленіемъ свѣтской цензуры, а въ области правовой жизни благодаря смягченію наказаній по отношенію къ должнику, оказавшемуся некредитоспособнымъ. Ограниченіе правъ личности должника продолжало имѣть мѣсто до тѣхъ поръ, пока личность не завоевала себѣ полнаго признанія своихъ правъ, такъ что кредиторъ въ случаѣ невыполненія предмета обязательства не имѣлъ болѣе права на личность должника, а только лишь на его имущество, которымъ онъ могъ воспользоваться для удовлетворенія своего притязанія.

Обѣщаніе въ прежнемъ своемъ значеніи носило чисто формальный характеръ: оно предоставило кредитору личность должника и поставило его подъ контроль права независимо отъ содержанія обѣщанія. Важнымъ прогрессомъ явилось лишеніе обѣщанія его чисто формальнаго характера и установленіе различія между обѣщаніемъ дозволенныхъ и недозволенныхъ дѣяній. Отдѣлили разумное обѣщаніе отъ неразумнаго, признали относительный характеръ права и стали разсматривать обѣщаніе какъ одно изъ соединительныхъ звеньевъ правовой культуры. Индивидуальный принципъ сдѣлался важнымъ средствомъ для достиженія этическихъ и хозяйственныхъ цѣлей. Въ настоящее время несмотря на всѣ обѣщанія мы не предали бы смерти дочь Ефты[1]).

---

[1]) Ср. великолѣпное изображеніе у Данте, Paradiso, Canto V, который правда стоялъ на точкѣ зрѣнія схоластиковъ.

Обязательственное право возникло изъ отношеній отдѣльнаго лица, оно является залогомъ индивидуализма. Но вмѣстѣ съ тѣмъ оно является громаднымъ вспомогательнымъ средствомъ для всего человѣчества въ виду того, что оно даетъ возможность въ надлежащемъ направленіи широко использовать трудъ и капиталъ. Здѣсь, какъ и въ вопросѣ о собственности, выражается необыкновенная мудрость міроздания,—она даетъ людямъ возможность самостоятельно добиваться осуществленія своихъ жизненныхъ цѣлей, но для борьбы съ житейскими невзгодами она объединяетъ ихъ въ союзы.

§ 29. Форма.

Пока обѣщаніе облекается въ религіозную форму, оно съ древнихъ временъ признается безусловнымъ и ненарушимымъ. Оно само требуетъ соблюденія извѣстныхъ формальностей въ видѣ жертвоприношенія или клятвы. Неформальныя обѣщанія развиваются съ теченіемъ времени при совершеніи сдѣлокъ обмѣна, въ особенности же при заключеніи сдѣлокъ найма и аренды.

Только постепенно человѣчество признало обязательную силу неформальныхъ обѣщаній. Эта эволюція намѣчаетъ намъ нѣсколько стадій своего развитія, замѣчаемыя правда не у всѣхъ народовъ. Первая ступень заключается въ томъ, что можно отказаться отъ исполненія обѣщанія втеченіе опредѣленнаго времени, такъ что лишь вторичное согласіе является для даннаго лица обязующимъ.

Вторая ступень—это ступень относительной связанности, когда обѣщающій правда можетъ отступиться, но только при условіи возмѣщенія ущерба, слѣдовательно подъ условіемъ уплаты отступного, или на еще болѣе тяжелыхъ условіяхъ. Легко констатировать ея

существованіе въ правахъ восточныхъ народовъ [1]), а также и въ германскомъ правѣ.

Разновидностью ея является третья ступень—отвѣтственность въ видѣ извѣстнаго вознагражденія. Дающій обѣщаніе отвѣчаетъ въ случаѣ неисполненія его вознагражденіемъ, такъ какъ неисполненіе считается несправедливостью, требующей кары (старое англійское право).

Четвертая ступень, какъ непосредственное обязательство, наступаетъ только тогда, когда къ обѣщанію присоединяется еще что либо другое, напр., частичное исполненіе обѣщаніе одной стороной, такъ что обѣщаніе изъ области чисто идейной переходитъ въ область матеріальной дѣйствительности. Этотъ способъ установленія встрѣчается въ правѣ Ислама, а въ особенности въ германскомъ правѣ (der Gottespfennig bindet—Божій грошъ связываетъ).

Пятая ступень являетъ собой непосредственное обязательство, но только лишь при совершеніи извѣстнаго рода сдѣлокъ (въ римскомъ правѣ классическаго періода консенсуальные контракты, въ англійскомъ правѣ консидерація).

Наше современное право признаетъ обыкновенно за неформальнымъ договоромъ обязательную силу, но дѣлаетъ и исключенія. Законъ требуетъ письменной формы тогда, когда договоръ носитъ абстрактный характеръ и не касается обстоятельствъ, сопровождающихъ устанавливаемыя отношенія. Особенное важное значеніе пріобрѣтаютъ тѣ договоры абстрактнаго характера, которые, какъ напр. вексель, предназначены для торговыхъ сношеній съ третьими лицами; это обстоятельство eo ipso требуетъ установленія письменной формы.

---

[1]) Въ ассирійскомъ правѣ мы встрѣчаемъ условіе, согласно которому дающій обѣщаніе въ случаѣ неисполненія его обязуется предать своего сына или дочь закланію въ честь божества или сожженію.

§ 30. Оспоримость.

Для признанія законности обѣщанія не требуется свободы обѣщающаго въ томъ смыслѣ, что можно было бы оспорить обѣщаніе, данное подъ вліяніемъ жизненныхъ интересовъ. Подобное положеніе противорѣчило бы въ одинаковой степени и основнымъ хозяйственнымъ мотивамъ и принципамъ этики, такъ какъ то, чего желали подъ вліяніемъ сильныхъ мотивовъ, все таки желали[1]). Обѣщаніе тогда можетъ быть оспариваемо, когда состояніе необходимости нарочно вызвано для того, чтобы вынудить обѣщаніе: подобное дѣяніе не можетъ установить юридическаго обязательства. Отсюда и положеніе, что обѣщаніе можетъ быть оспариваемо, когда оно вынуждено, но также и въ томъ случаѣ, если оно было добыто обманнымъ образомъ. Тотъ, кто внушаетъ другому ложныя представленія или галлюцинаціи съ тою цѣлью, чтобы послѣдній дѣйствовалъ согласно его волѣ, тотъ вмѣстѣ съ тѣмъ насильственно переноситъ другого человѣка въ область чуждыхъ ему мыслей и интересовъ и этимъ самымъ дѣлаетъ его рабомъ своихъ желаній[2]). Поэтому развитыя права допускаютъ оспариванье обѣщанія вслѣдствіе принужденія или обмана, часто также и вслѣдствіе ошибокъ.

§ 31. Обезпеченіе.

α) Залогъ.

Еще до того времени, когда обѣщаніе достигло своего полнаго развитія, знали уже з а л о г о - п р а в о-

---

[1]) Coactus volui; этого взгляда придерживается уже Никомахова Этика III. 1. Ср. также прекрасное изображеніе у Д а н т е, Paradiso, Canto IV. Объ обѣщаніи въ безвыходномъ положеніи ср. также мое изложеніе въ Jahrbücher für Dogmatik XXV стр. 9 и сл.

[2]) Ср. F i c h t e, Sittenlehre (1812) въ Auswahl von Fichtes Werken VI стр. 99 („обманъ дѣлаетъ одного человѣка средствомъ и механической игрушкой въ рукахъ другого“).

вое обезпеченіе. Послѣднее было одной изъ исходныхъ точекъ развитія обязательственнаго права; должникъ вѣдь отвѣчалъ своимъ тѣломъ и жизнью. Поэтому было вполнѣ понятно, почему должникъ наряду со своею личностью предоставлялъ ту или другую вещь въ качествѣ залога и давалъ кредитору возможность удовлетворить свое притязаніе изъ средствъ, представляемыхъ этимъ залогомъ.

Всѣ виды залогового права имѣютъ слѣдовательно въ виду удовлетвореніе кредитора заложеннымъ объектомъ. Но удовлетвореніе можетъ быть двоякимъ: или пользованіемъ или самимъ объектомъ; по этимъ то признакамъ впервые различаются залогъ пользованія и залогъ капитала. При залогѣ пользованія вещь передается кредитору для пользованія или такимъ образомъ, чтобы доходы пользованія постепенно поглощали капиталъ и освобождали должника отъ обязательства, или такъ, что пользованіе считалось въ видѣ процентовъ на капиталъ, принадлежащій кредитору. Почти у всѣхъ народовъ можно прослѣдить разницу между залогомъ дохода съ имущества и залогомъ самого имущества, а также и все, что касается отдачи въ залогъ вещей и людей. Въ обширныхъ отрасляхъ культуры мы встрѣчаемъ эти учрежденія; находимъ ихъ въ правѣ народовъ Востока; уже въ ассирійскомъ и вавилонскомъ правѣ мы ихъ встрѣчаемъ въ видѣ залога съ добавочнымъ условіемъ: кредиторъ не получаетъ ни процентовъ, ни наемной платы, но зато ему предоставляется пользованіе домомъ, онъ не платитъ наемной платы, хотя конечно уже не получаетъ процентовъ съ отданнаго взаймы капитала.

Въ противоположность этому полное удовлетвореніе притязанія захватываетъ вещь въ самыхъ основахъ ея существованія, выдѣляетъ ее изъ состава имущества должника и пользуется ея денежной стоимостью для созданія новыхъ цѣнностей. И здѣсь

существуютъ различныя формы: удовлетвореніе притязанія возвращеніемъ собственнаго капитала или пріобрѣтеніемъ чужого капитала. Въ первомъ случаѣ кредиторъ самъ становится собственникомъ, причемъ разница между цѣнностью имущества и долга либо уравнивается, либо остается неуравненной (первое происходитъ при вторичной куплѣ послѣ совершенія первой, а послѣднее—при просроченіи залога). Удовлетвореніе пріобрѣтеніемъ чужого капитала наступаетъ тогда, когда кредиторъ продаетъ вещь и удовлетворяетъ свое притязаніе изъ реализированной суммы. Вотъ конструкція гипотеки (закладной); она заключаетъ въ себѣ большія преимущества, открываетъ возможность созданія нѣсколькихъ залоговыхъ правъ: можно заложить вещь такъ, что второй залоговой кредиторъ получаетъ то, что остается послѣ удовлетворенія притязанія перваго и т. д. Какъ римское, такъ и германское право признавали этотъ институтъ. Но при этомъ германское право провело принципы, уже ранѣе развившіеся въ Греціи, принципы, которые въ римскомъ правѣ были отвергнуты въ ущербъ интересамъ кредиторовъ; старались при залогѣ недвижимостей довести объ этомъ до всеобщаго свѣдѣнія. Въ Греціи это совершалось составленіемъ камней съ обозначеніемъ залога и другими средствами; а въ Германіи — путемъ объявленія въ народномъ собраніи или занесенія въ судебныя книги, развившіеся впослѣдствіе въ наши современныя поземельныя книги.

§ 32.

β) Поручительство.

Первоначально поручительство представляетъ собой появленіе новаго должника на мѣсто прежняго съ цѣлью освободить послѣдняго отъ долга, отъ оковъ, отъ долговой тюрьмы. Право древнихъ временъ

знаетъ только одного поручителя, а не поручителя рядомъ съ должникомъ. Это явленіе восходитъ еще и въ позднѣйшія времена: еще по римскому праву освобождали поручителя въ случаѣ осужденія должника и наоборотъ; проблема двойного долга за одну и ту же сумму долга для болѣе раннихъ эпохъ совершенно непосильна. Впослѣдствіе развитіе этого института совершилось слѣдующимъ образомъ: вначалѣ поручитель освобождалъ отъ отвѣтственности должника; но вслѣдствіе того, что поручительство было личнымъ и прекращалось со смертью поручителя, стараго должника заставляли ручаться за уплату долга въ томъ смыслѣ, что онъ долженъ былъ при наступленіи вышеупомянутаго случая, озаботиться пріисканіемъ новаго поручителя. Отвѣтственность эту развили въ томъ отношеніи, что должникъ долженъ былъ самъ удовлетворить кредитора въ томъ случаѣ, если поручитель оказывался не въ состояніи платить и такъ постепенно пришли къ сознанію необходимости созданія отвѣтственности обоихъ, подвергавшейся впрочемъ, какъ напр., въ римскомъ правѣ, нѣкоторымъ ограниченіямъ. Только въ позднѣйшемъ развитіи измѣняется положеніе дѣлъ и отвѣтственность поручителя играетъ вспомогательную роль, предоставляя ему возможность возраженія, основаннаго на томъ, что кредиторъ долженъ взыскивать сначала съ главнаго должника.

Особенный интересъ представляетъ собой отношеніе поручителя къ главному должнику: въ началѣ главный должникъ свободенъ отъ какихъ бы то ни было обязательствъ по отношенію къ поручителю, но дѣломъ его чести является освободить поручителя отъ платежа долга, удовлетворивъ кредитора, и этимъ оправдать довѣріе поручителя. Если онъ этого не дѣлаетъ, то отвѣтственность поручителя получаетъ силу, послѣдній долженъ платить, но имѣетъ по отношенію къ главному должнику право усиленнаго регресса, иногда,

въ цѣляхъ наказанія, даже въ размѣрѣ двойной стоимости долга.

§ 33. Вліяніе обязательственнаго права въ общественной жизни.

а) Общая часть.

Обязательственное право должно придать такой видъ міру объектовъ собственности, чтобы для человѣчества было возможно достиженіе наивысшихъ благъ. Это достигается переходомъ имуществъ изъ рукъ въ руки, происходитъ также вслѣдствіе объединенія имуществъ для преслѣдованія общихъ цѣлей. Въ первомъ случаѣ имущество мѣняетъ своего хозяина, во второмъ случаѣ оно служитъ нѣсколькимъ хозяевамъ. Переходъ имущества можетъ быть окончательнымъ или временнымъ; главнымъ представителемъ переходовъ перваго рода является сдѣлка мѣны, а второго заемъ.

Меньше значенія имѣютъ нехозяйственныя проявленія обязательственнаго права, о которыхъ мы упомянемъ впослѣдствіе.

Вліяніе обязательственнаго права сказывается могущественнѣе всего въ свободѣ хозяйственнаго оборота. Правда въ теченіи долгаго времени онъ бываетъ стѣсненъ вслѣдствіе образованія товариществъ и вмѣшательства государства. И здѣсь общественныя стремленія преобладаютъ надъ силой отдѣльныхъ лицъ: цехи, сословія, монополіи ограничиваютъ ихъ свободу. Постепенно индивидуальная личность все побѣждаетъ и оковы спадаютъ. Въ теченіе столѣтій ограниченія были благотворны, пока нація не достигла необходимой политической зрѣлости. Даже еще въ первыя времена освобожденія хозяйственныхъ силъ отъ стѣсненій, наряду съ мощнымъ прогрессивнымъ развитіемъ замѣтны и сильныя темныя стороны. Соперничество въ области

экономической жизни превращается въ борьбу, гдѣ не всегда одинаково честно сражаются. Старыя вспомогательныя средства пали; правовой порядокъ долженъ былъ воспрянуть съ новымъ могуществомъ, устранить вредныя явленія и оградить этическую силу человѣка.

Но образуются новыя явленія: отдѣльныя лица объединяются въ товарищества по разнымъ отраслямъ производства, возникаютъ картели производства, а эти послѣднія превращаются въ общія, основанныя на началахъ централизаціи и широко распространенныя, организаціи производства, дѣйствительно царящія надъ обмѣномъ, уничтожающія всякую конкуренцію. И здѣсь правовой порядокъ выполняетъ свое назначеніе: онъ долженъ охранять общественныя организаціи и вступать съ ними въ борьбу тамъ, гдѣ онѣ становятся вредными, обязанъ защищать отдѣльныхъ лицъ отъ той петли, которую они сами надѣваютъ себѣ на шею, защищать ихъ далѣе объявленіемъ картельныхъ союзовъ юридически безправными или если и обладающими извѣстными правами, то во всякомъ случаѣ подлежащими упраздненію въ случаяхъ необходимости, усматриваемой законодательной властью [1]).

Повсюду возникаютъ для правового порядка огромныя задачи, ясныя только тому, кто познаетъ право во всемъ его величіи.

§ 34. Вліяніе обязательственнаго права въ общественной жизни.

b) Особенная часть.

α) Мѣновыя сдѣлки.

Мѣна товара на товаръ вытекаетъ изъ потребностей индивидуальнаго строя. Семьи и племена об-

[1]) Относительно положенія трестовъ въ Соединенныхъ Штатахъ см. мою статью въ Monatsschrift f. Handelsk. XIII стр. 210, XX стр. 285.

мѣниваются товарами съ другими семьями и племенами; особенно часто это происходитъ тогда, когда обмѣниваются продуктами разныхъ странъ. Новое интенсивное развитіе получаютъ мѣновыя сдѣлки со времени дифференціаціи занятій; съ тѣхъ поръ эти сдѣлки теряютъ свой случайный характеръ и становятся важнымъ факторомъ торгового оборота. Если обмѣнъ совершается тотчасъ, то обязательственныя отношенія не имѣютъ мѣста, но иначе дѣло обстоитъ, когда открывается кредитъ за совершеніе нѣкоторыхъ дѣйствій; но это пріобрѣтаетъ большее значеніе, какъ только развивается понятіе о деньгахъ.

Деньги — общее мѣрило цѣнности, представляющее огромное удобство тѣмъ, что отдѣльная вещь не должна непремѣнно искать другой. Если мы предположимъ, что одной сторонѣ принадлежитъ предметъ А, а другая владѣетъ цѣлымъ рядомъ вещей отъ В до Z, то обмѣнъ долженъ былъ бы производиться такимъ образомъ, что одна сторона старается обмѣнять объектъ А на одинъ изъ объектовъ, принадлежащихъ другой сторонѣ, напр. F, въ которомъ первая изъ сторонъ какъ разъ нуждается. Но при этомъ можетъ произойти такой случай, что то лицо, которое желаетъ обмѣнять свой предметъ F, совершенно не нуждается въ предметѣ А; тутъ деньги выполняютъ свою функцію: онѣ замѣняютъ всѣ объекты В — Z и то лицо, которое продаетъ свою вещь А, получаетъ взамѣнъ ея общій эквивалентъ — деньги, а вмѣстѣ съ тѣмъ и возможность, пользуясь этимъ всемогущимъ средствомъ, пріобрѣсть любую вещь отъ В до Z, а слѣдовательно и вещь F, такъ какъ лицо, владѣющее F, охотно обмѣняетъ ее на всеобщій эквивалентъ, зная, что, благодаря этому орудію обращенія, оно сможетъ пріобрѣсть тотъ объектъ, въ которомъ оно въ данный моментъ нуждается. Деньги имѣютъ такое же назначеніе, какъ и улицы; въ то время, какъ люди, оставаясь дома, только тогда могутъ

встрѣтиться, когда открываютъ доступъ въ свое жилище другимъ лицамъ, то, выйдя на улицу, они могутъ встрѣтить всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя имъ нужны.

Въ качествѣ денегъ народы употребляютъ въ своей жизни самые разнообразные предметы: первоначально вѣроятно украшенія, которыя они снимаютъ съ себя и даютъ другому, какъ напр. раковины, жемчугъ. Затѣмъ взамѣнъ денегъ употребляютъ предметы первой необходимости или вещи, имѣющія устойчивую цѣнность, какъ напр. шкуры животныхъ, кожи и т. д. Новая эпоха наступаетъ тогда, когда въ качествѣ денегъ качинаютъ пользоваться вещами, имѣющими не только замѣнимый характеръ, но и дѣлимый и сохраняемый. Такимъ условіямъ удовлетворяютъ металлы; поэтому появленіе металлическихъ денегъ составляетъ важную эпоху въ жизни человѣчества. Послѣ различныхъ попытокъ остановились на металлическихъ деньгахъ, причемъ или продолжали пользоваться неблагородными металлами, или переходили къ употребленію благородныхъ. Дѣленіе на отдѣльныя части производилось вначалѣ непосредственнымъ выдѣленіемъ этой части изъ общей массы и вѣсы при этой операціи играли большое значеніе: онѣ стали спутницами мѣновыхъ сдѣлокъ: нѣтъ вѣсовъ, нѣтъ денежной сдѣлки! Новымъ завоеваніемъ была чеканка монетъ, причемъ указывали на монетѣ стоимость ея, обладающую публичной достовѣрностью. Этимъ раздѣленіе металла въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ и взвѣшиваніе денегъ сдѣлались совершенно излишними и вѣсы исчезли изъ правовой жизни; онѣ продолжали еще существовать какъ символъ, какъ пережитокъ древнихъ временъ.

Съ появленіемъ денегъ начинаютъ различать куплю-продажу отъ мѣновой сдѣлки; послѣдній родъ сдѣлокъ, значительно теряя въ объемѣ своего распространенія, не исчезалъ совершенно изъ области правовой жизни. Сдѣлка купли-продажи особенно пригодна

для производства кредитныхъ операцій, напр. при отсрочкѣ платежа.

Ограниченный обмѣнъ происходитъ тогда, когда передается не имущество, какъ таковое, но лишь пользованіе отдѣльными выгодами. Эквивалентъ—обыкновенно извѣстное воздѣйствіе, чаще всего деньги; это періодъ господства найма и аренды. Въ экономической жизни очень важной формой послѣдней является испольная аренда, гдѣ уплачивается не опредѣленная сумма денегъ, а извѣстная часть урожая. Благодаря этому аренда удерживаетъ извѣстный товарищескій характеръ, который дѣлаетъ обѣ стороны заинтересованными въ урожаѣ; но въ то же время вслѣдствіе того, что хозяйство должно носить опредѣленный характеръ, устанавливается экономическая зависимость арендатора [1]).

Своеобразнымъ видомъ обмѣна является договоръ страхованія, гдѣ происходитъ мѣна не положительной, а отрицательной стоимости имущества: страховое учрежденіе, принимающее на себя рискъ, получаетъ въ видѣ эквивалента страховую премію. Уже въ древности можно встрѣтить сдѣлки, косвеннымъ образомъ преслѣдующія эту цѣль. Но свое настоящее развитіе этотъ институтъ получилъ въ новѣйшее время. Первоначально появилось страхованіе транспортовъ морскихъ и сухопутныхъ, но въ настоящее время страхованіе охватило всѣ тѣ области жизни, гдѣ существуетъ рискъ. Огромно благотворное вліяніе договора страхованія: имущество однимъ ударомъ освобождается отъ дѣйствія разныхъ случайныхъ причинъ и пріобрѣ-

---

[1]) Испольную аренду мы находимъ уже въ древнемъ правѣ народовъ Востока, въ особенности у древнихъ Вавилонянъ. Относительно ея экономическихъ выгодъ и недостатковъ создалась цѣлая литература, появились труды Ehrenberg'a, Dietzel'a, Reitzenstein'a и др.

таетъ солидную основу, которая прежде отсутствовала; этимъ повышается его хозяйственное значеніе. Но и страховыя учрежденія становятся господами надъ цѣпью случайностей, ибо при массѣ застрахованій законъ большихъ чиселъ вступаетъ въ свои права и одерживаетъ побѣду надъ произволомъ[1]).

§ 35.

β) Заемъ и проценты.

Заемъ покоится на той мысли, что капиталы въ рукахъ одной изъ сторонъ бываютъ нужнѣе, чѣмъ въ рукахъ другой, и что поэтому послѣдней должна быть предоставлена возможность взять временно для пользованія капиталъ, принадлежащій другой сторонѣ. Такимъ образомъ заемъ становится прекраснымъ средствомъ, оказывающимъ помощь лицамъ, которыя въ немъ наиболѣе нуждаются. Въ этомъ смыслѣ капиталъ представляетъ собой совокупность замѣнимыхъ вещей, въ составъ которыхъ входятъ: хлѣбъ, деньги и т. д., т. е. тѣхъ вещей, гдѣ принимается во вниманіе не отдѣльный объектъ, а вся совокупность ихъ какъ элементъ производства и потребленія. Тутъ то передъ нами выступаетъ вопросъ о процентахъ, волновавшій человѣчество втеченіе столѣтій и глубоко затронувшій всю экономическую жизнь. То, что при отдачѣ вещи въ наемъ составляетъ наемную плату, то при займѣ— проценты, т. е. вознагражденіе за то время, когда отданный въ ростъ капиталъ находился въ распоряженіи ссудопринимателя или по крайней мѣрѣ не долженъ былъ быть возвращенъ ссудодателю. Такое вознаграж-

---

[1]) Ср. по этому вопросу мою статью въ Zeitschr. f. Versicherungswissenschaft X стр. 631, Einführung in die Rechtswissenschaft стр. 73.

деніе представляется намъ такимъ же естественнымъ, какъ и плата за наемъ помѣщенія и, несмотря на это, продолжительной борьбы стоило признаніе этой идеи; многія главныя религіи воспротивились взиманію процентовъ. Мысли, которыя руководили людьми, были слѣдующія: во первыхъ заемъ можетъ служить не только продуктивнымъ, но и непродуктивнымъ цѣлямъ; въ этомъ случаѣ заемщикъ не пользуется никакимъ приращеніемъ къ капиталу, взятому взаймы, онъ его поглощаетъ безъ того, чтобы что нибудь перешло въ его состояніе. Тутъ конечно возникаетъ вопросъ: справедливо ли кромѣ возвращенія капитала требовать отъ ссудопринимателя еще чего нибудь? Вѣдь капиталъ не далъ ему никакой прибыли! И если раньше непродуктивный заемъ былъ главнѣйшимъ и наиболѣе важнымъ видомъ займа, то понятно, почему изъ этихъ соображеній устанавливали общій порядокъ и не оказывали особаго вниманія случаямъ заключенія продуктивныхъ займовъ.

Вторая мысль—та [1]), что заемъ часто заключаютъ въ случаѣ нужды и во времена, близкія къ коллективному строю; особенно несправедливымъ должно представляться обогащеніе за счетъ бѣдственнаго положенія другого лица. И если даже нѣтъ состоянія нужды, то все же обыкновенно обстоятельства бываютъ таковы, что число займодавцевъ очень ограничено или во всякомъ случаѣ представляетъ собой лишь небольшое количество лицъ на выборъ заемщика, такъ что не можетъ быть и рѣчи о дѣйствительномъ соревнованіи займодавцевъ и поэтому и о соотвѣтствующемъ правильномъ установленіи величины процента согласно общимъ объективнымъ нормамъ.

Другимъ обоснованіемъ, носящимъ болѣе юридическій характеръ, является слѣдующее: деньги непро-

---

[1]) Einführung in die Rechtswissenschaft стр. 72.

изводительны, производителенъ только трудъ, обслуживаемый деньгами; деньги могутъ въ лучшемъ случаѣ фигурировать въ качествѣ вспомогательнаго средства, но не причины, создающей блага. Если деньги приносятъ проценты, то этимъ самымъ деньгамъ придаютъ свойства, въ нихъ вовсе не заключающіяся, и берутъ у займопринимателя взамѣнъ часть плодовъ его труда, являющагося единственнымъ руководящимъ продуктивнымъ мѣриломъ цѣнности, создающимъ новыя цѣнности. Эта аргументація приняла слѣдующую форму: капиталъ вслѣдствіе потребленія уничтожается, а поэтому вознагражденіе за пользованіе капиталомъ является вознагражденіемъ за ничто. Но эта аргументація совершенно игнорировала то обстоятельство, что послѣ прекращенія существованія отдѣльныхъ объектовъ созданная ими цѣнность продолжаетъ существовать [1]).

---

[1]) Ѳома Аквинскій, Summa 2. 2 qu. 78 a. 1: Cum pecuniae usus sit illius consumptio ac distractio, injustum et illicitum est, pro ejus usu aliquid accipere..... venditur id quod non est, per quod manifeste inaequalitas constituitur, quae justitiae contrariatur. Онъ приводитъ примѣръ: si quis seorsum vellet vendere vinum, et vellet seorsum vendere usum vini, venderet eandem rem bis vel venderet id quod non est; unde manifeste per injustitiam peccaret. Эта аргументація повторялась всѣми безчисленное множество разъ, такъ Scaccia, de comm § 1 qu. 1 nr. 403. Относительный характеръ этого обоснованія вообще и зависимость его въ значительной степени отъ экономическихъ условій того времени, признаютъ и современные канонисты, какъ напр. Schaub, Eigentumslehre nach Thomas стр. 360 и сл., Biederlack, S. J., Der Darlehnszins (1898) стр. 8 и сл. Папскій престолъ ставилъ также извѣстныя условія, какъ напр. булла Vix pervenit папы Бенедикта XIV 1745 г., и разрѣшалъ взиманіе невысокихъ процентовъ на основаніяхъ, допускаемыхъ законами государства. Ср. Biederlack стр. 32, 39 и приведенное здѣсь Enchiridion morale Bucceroni. Современные католическіе моралисты, какъ напр. Lehmkuhl (Theologia moralis I 1313 и сл.). Cathrein, Moralphilosophie II стр. 366 признаютъ для нашего времени допустимость взиманія процентовъ (см. по этому поводу мою Bemerkung въ Archiv f. Rechtsphil. IV стр. 502).

Всѣ эти соображенія привели къ тому, что у многихъ народовъ взиманіе процентовъ было совершенно запрещено: евреи могли взимать проценты только съ не-евреевъ, христіанство воспрещало всякое взиманіе процентовъ и церковь карала за „ростовщичество", т. е. за взиманіе процентовъ займодавцемъ, тяжкимъ церковнымъ проклятіемъ [1]). Во всѣхъ случаяхъ обнаруженія ростовщичества церковь требовала назначенія суда для того, чтобы запрещеніе, налагаемое ею за взиманіе процентовъ, было достаточно авторитетнымъ. Исламъ также налагаетъ наказаніе за взиманіе процентовъ и это запрещеніе, а также прошнуровываніе оборотныхъ сдѣлокъ принадлежитъ къ наиболѣе интереснымъ особенностямъ исламитскаго торговаго права. Эта мысль главнымъ образомъ и привела къ прекращенію существованія торговыхъ компаній Ислама (Schirkat) и этимъ подорвала торговлю,—одинъ изъ главныхъ двигателей культуры.

Другіе народы оставляли эти соображенія безъ вниманія, но съ другой стороны входили въ положеніе лица, нуждающагося въ деньгахъ, находящагося нерѣдко въ состояніи нужды или въ крайне стѣсненныхъ обстоятельствахъ: они хотя и разрѣшаютъ взиманіе процентовъ, но въ извѣстныхъ установленныхъ границахъ. Взиманіе процентовъ выше установленной нормы было запрещено, а договоръ подобнаго рода считался ничтожнымъ или даже наказуемымъ. Такое воззрѣніе мы находимъ какъ въ индійскомъ, такъ и въ римскомъ правѣ; въ особенности въ индійскомъ правѣ мы встрѣчаемъ тонкія подраздѣленія: законъ опредѣляетъ величину процента сообразно сословному положенію займопринимателя. Въ извѣстныхъ случаяхъ принуждены были нарушить это запрещеніе, когда

---

[1]) Ср. въ особенности Clem. un. de usur. (5, 5) на Віеннскомъ соборѣ 1311 года.

напр. проценты заключаютъ въ себѣ значительную страховую премію, а въ особенности когда заемъ производится для совершенія опаснаго предпріятія, такъ что займодавецъ подвергается при этомъ большому риску. Сюда слѣдуетъ отнести кредитъ, открываемый купцу, пускающемуся въ дальнее плаваніе или отправляющемуся сухопутьемъ въ продолжительное путешествіе.

Однимъ изъ интереснѣйшихъ явленій исторіи права является вліяніе на народы запрещенія взиманія процентовъ и ожесточенная борьба быстро развивающихся молодыхъ государствъ противъ строгаго соблюденія этого запрещенія. Запрещеніе взиманія процентовъ съ одной стороны конечно обезцѣниваетъ значеніе капитала; оно заставляетъ капиталиста помѣстить свой капиталъ въ земельной собственности или въ другого рода имуществахъ, приносящихъ естественные плоды. Если капиталистъ желаетъ заниматься торговлей, то онъ не можетъ, отдавъ свой капиталъ взаймы коммерсанту, пользоваться доходами со своего капитала, не принимая непосредственнаго участья въ торговлѣ, а долженъ основать свою самостоятельную торговлю или по крайней мѣрѣ, учредивъ товарищество, долженъ сдѣлаться членомъ его. Всѣ эти формы приложенія капитала, не обнимаемыя вышеназваннымъ запрещеніемъ, развиваются съ чрезвычайной быстротой и сдерживаемое стремленіе къ наживѣ вырывается наружу съ мощной силой. Самымъ распространеннымъ видомъ торговли на Востокѣ является Kirad или Commenda, а въ Архипелагѣ на Востокѣ Азіи — Bagilaba или Maparo Bati, состоящая въ томъ, что представляютъ въ распоряженіе купца капиталъ и пользуются соотвѣтственной долей дохода съ предпріятія.

Другой формой, гдѣ капиталъ приноситъ проценты, является поземельная рента, состоящая въ томъ, что земельному собственнику дается капиталъ на вѣчныя

времена, причемъ капиталисту ежегодно выплачивается опредѣленная рента. Долгъ перестаетъ существовать, онъ какъ бы поглощается рентой: выплачиваются уже не проценты съ капитала, а рента и эта рента можетъ быть предметомъ купли-продажи. Поэтому въ данномъ случаѣ капиталъ не даетъ дохода въ томъ смыслѣ, какъ его понимаетъ запрещеніе ростовщичества, но онъ исчезаетъ какъ извѣстное дѣйствіе, эквивалентомъ котораго является рента.

Въ противоположность вышеназваннымъ формамъ стоятъ тѣ, которыя представляютъ собой сдѣлки, заключаемыя съ цѣлью обхода закона, гдѣ процентъ сохраняетъ характеръ процента и только лишь юридически принимаетъ другой видъ. Этими сдѣлками богаты какъ христіанскій, такъ и магометанскій міръ.

Нельзя не признать благотворности постановленія церкви о запрещеніи взимать проценты. Это запрещеніе господствовало въ то время, когда неокрѣпшіе въ экономическомъ отношеніи народы должны были благодаря запрещенію обратиться къ другимъ отраслямъ хозяйственной дѣятельности, когда нужно было плодородіе почвы и хозяйственную самодѣятельность оградить отъ движимаго капитала, такъ какъ въ противномъ случаѣ широкіе круги народа были бы склонны предаваться погонѣ за наживой, не принимая въ трудѣ дѣятельнаго участія и этимъ сдѣлали бы капиталиста бичемъ человѣчества. Такимъ путемъ запрещеніе взиманія процентовъ содѣйствовало развитію торговли и хозяйственной дѣятельности, а также и смягченію соціальныхъ различій. То обстоятельство, что торговые народы въ своемъ дальнѣйшемъ развитіи конечно не желали болѣе подчиняться запрещенію, что италіанскіе города въ своихъ стѣнахъ основали процвѣтавшія кредитныя учрежденія, что наконецъ въ этихъ городахъ подъ угрозой наказанія запрещалось вызывать духовный судъ для борьбы съ этими кредит-

ными учрежденіями, все это для насъ понятно и оправдывается экономическими соображеніями. Чѣмъ больше заемъ пріобрѣталъ продуктивный характеръ, чѣмъ больше въ широко развивающейся торговлѣ сказывался тотъ принципъ, что деньги являются, если и не непосредственной причиной, то во всякомъ случаѣ значительнымъ по своей важности и силѣ факторомъ процвѣтанія торговли, тѣмъ болѣе основы, на которыхъ зиждились мнѣнія противниковъ взиманія процентовъ, теряли свое значеніе и тѣмъ болѣе вмѣстѣ съ тѣмъ логика фактовъ должна была заставить отказаться отъ этихъ устарѣвшихъ мнѣній. Съ особенной интенсивностью это произошло тогда, когда расцвѣтающій классъ банкировъ въ значительной степени увеличилъ собой число займодателей, а ихъ финансовая дѣятельность приняла характеръ дѣятельности въ области сношеній, подчиненной конкуренціи. Такъ современные народы совершенно отказались отъ запрещенія взиманія процентовъ, они даже установили полную свободу назначенія величины процентовъ и понятіе о ростовщичествѣ получило совершенно иное содержаніе. Признали, что ростовщичество входитъ въ составъ не одного только права взиманія процентовъ, а является ядовитымъ растеніемъ, произрастающимъ на нивѣ торговаго оборота и представляетъ собой эксплоатацію состоянія необходимости, неопытности или легкомыслія, т. е. объективныхъ или субъективныхъ нестроеній человѣчества. Признали эту эксплоатацію въ равной степени незакономѣрной и безнравственной, такъ какъ мѣриломъ созданныхъ благъ долженъ являться только истинный трудъ, а не гнетущая человѣка нужда.

§ 36.

γ) Товарищество.

Договоръ товарищества возникъ вслѣдствіе неспособности отдѣльнаго лица своими собствен-

ными средствами достигать опредѣленныхъ цѣлей. Товарищество оказываетъ своимъ членамъ взаимную помощь, оно объединяетъ множество состояній, принадлежащихъ разнымъ лицамъ, въ одно цѣлое, преслѣдующее общія цѣли, что имѣетъ результатомъ точно регулированную сѣть отношеній. Вкладами, вносимыми въ товарищество могутъ быть не только матеріальныя вещи, но и трудъ физическій и духовный. Съ незапамятныхъ временъ договоръ товарищества организовывался по двумъ направленіямъ: съ одной стороны образовались товарищества, гдѣ члены отдаютъ на служеніе свою дѣятельность и способности; сюда относятся музыкальныя общества и общества, объединенныя воинственными цѣлями нападенія и грабежа. Ко второй категоріи слѣдуетъ отнести трудовые товарищества, гдѣ главнѣйшую роль играетъ имущество. Съ древнихъ временъ было распространено извѣстное уже Вавилонянамъ отношеніе Commenda, гдѣ одно лицо вноситъ въ общее дѣло свое состояніе, а другое на эти деньги ведетъ торговлю; объ этой формѣ товарищества мы уже упоминали. Громадныхъ размѣровъ товарищества возникли въ римскомъ правѣ въ видѣ товариществъ публикановъ, а въ современномъ правѣ въ видѣ горныхъ товариществъ. Возникли товарищества для устройства верфей и акціонерныя компаніи, осуществлявшія болѣе или менѣе плодотворную идею концентраціи отвѣтственности за долги на имуществѣ самого общества. Это—смѣлая мысль, облегчившая возможность развитія огромныхъ спекуляцій, которыя для отдѣльныхъ лицъ оказались не по силамъ.

§ 37.

д) Сдѣлки, лишенныя хозяйственнаго значенія: дареніе, игра.

Дареніе первобытному человѣку совершенно чуждо. Ему не чуждо гостепріимство, или помощь, напр.

помощь, оказываемая для уплаты виры; но ему незнакомо общее понятіе о дареніи, понятіе объ общемъ (а не преслѣдующемъ особыя цѣли) приращеніи имущества другого лица путемъ отчужденія части собственнаго имущества. Правда, дикарь, ни долго не задумываясь, отдаетъ вещи, входящія въ составъ его имущества, но онъ ожидаетъ и обратнаго даренія: дареніе— это принужденіе къ обмѣну, къ замѣнѣ вещей, постоянно окружающихъ человѣка, вещами эквивалентными со стороны другого лица,—замѣнѣ, столь близкой сердцу дикарей. Поэтому всюду распространена мысль: дареніе дается подъ условіемъ полученія обратнаго даренія; если послѣднее не будетъ произведено, то можно потребовать обратно сдѣланное ранѣе дареніе. Потребовалось продолжительное развитіе этого понятія, чтобы право требованія возвращенія дара поставить въ узкія рамки и ограничить его примѣненіе важными исключительными случаями, напр. случаемъ обѣдненія или грубой неблагодарности.

Важную роль въ области широко развившейся культурной жизни играетъ щедрость. Она является носительницей абстрактнаго альтруизма въ противоположность къ конкретному, — помощи, оказываемой отдѣльному человѣку. Она является выраженіямъ стремленій отдѣльной личности, но вмѣстѣ съ тѣмъ она имѣетъ своимъ назначеніемъ сгладить соціальныя неравенства, создаваемыя эгоистическими стремленіями отдѣльныхъ лицъ или смягчить ихъ рѣзкость.

Совершенно иначе дѣло обстоитъ съ игрой. Послѣдняя стремится предоставить одному лицу возможность обогатиться на счетъ другого, смотря по результату игры; духовный моментъ лежитъ здѣсь въ тревожномъ ожиданіи навстрѣчу исходу игры, влекущему за собой выигрышъ или проигрышъ, въ напряженіи нервной системы, царящимъ надъ человѣкомъ въ особенности во времена безпорядочной и неуравно-

вѣшенной духовной жизни. Поэтому въ прежнія времена игра считалась, какъ напр. у Германцевъ, дѣломъ серьезнымъ и священнымъ, и тотъ, кто терялъ, безпрекословно отдавалъ проигранное имущество или продавался въ рабство. Позднѣйшія эпохи, создающія на мѣсто игры другія духовныя впечатлѣнія и развлеченія, или налагающія на нихъ узду, занимаютъ враждебную позицію по отношенію къ игрѣ въ сознаніи вреднаго дѣйствія ихъ разрушительной природы въ области экономической жизни. Онѣ запрещаютъ игру подъ угрозой тяжкихъ наказаній, или безусловно, или съ извѣстными исключеніями, либо во всякомъ случаѣ лишаютъ игру какой бы то ни было юридической защиты. Удѣляютъ особое вниманіе еще и тому обстоятельству, что у народовъ, достигшихъ уже извѣстной зрѣлости, во время игры появляется губительный элементъ: страстное желаніе быстраго и легкаго обогащенія, боязнь предъ спокойной, нормальной жизнью, неудовольствіе по отношенію къ тѣмъ испытаніямъ въ терпѣливости, которыя намъ посылаетъ жизнь и которыя должны быть пережиты, если только желаешь достичь въ жизни чего либо благотворнаго.

Правда страсть къ игрѣ умѣетъ открывать себѣ все новыя области и извѣстная замаскированная игра на биржѣ является новымъ эпигономъ идеи игры. Одолѣніе игры даже въ такой ея формѣ составляетъ важную задачу законодательства. Эта задача тѣмъ важнѣе, чѣмъ труднѣе становится устранить игру отъ продуктивнаго участія въ общественной жизни[1]).

---

[1]) Ср. мою Schrift über das Börsenspiel (1894).

III. Органическія культурныя единенія.

§ 38. Государство тотемовъ, право вождей, королевство.

Мы уже выше указали[1]) (см. стр. 54), какъ изъ семей образовались тотемы и какъ далѣе тотемы благодаря групповому браку тѣсно сблизились другъ съ другомъ. Намъ остается только разсмотрѣть организацію этихъ тотемовъ и союзовъ тотемовъ. Она была чисто республиканской. Всѣ члены и главы семействъ собирались и совѣщались о дѣлахъ. Въ тяжелые моменты, въ особенности во время войны, всѣ подчинялись верховному начальству главы государства. Нерѣдко нѣкоторымъ семьямъ удавалось пріобрѣтать такое значенье, что главы государства постоянно избирались изъ ихъ среды. Мы можемъ назвать такого главу государства „сахэмомъ", на языкѣ краснокожихъ, у которыхъ эти отношенія обрисованы наиболѣе рельефно. Переходъ отъ временнаго главы тотема къ постоянному сахэму, переходъ далѣе отъ избираемаго къ наслѣдственному сахэму,—это важное движеніе въ исторіи человѣческаго общежитія.

Всѣ эти союзы пали съ появленіемъ вождей. Могучія натуры сумѣли ниспровергнуть все государственное устройство, присвоили себѣ всѣ права и отождествили свою личность съ государствомъ. Они это дѣлали съ помощью дружины. Изъ разбойничьихъ шаекъ образовалась могущественная военная сила, во главѣ которой стоялъ храбрый вождь. Съ помощью дружинъ сильныя натуры присваивали себѣ власть. Теперь уже государственная область считалась ихъ областью; соб-

---

[1]) Справедливо указывали на то обстоятельство, что возникновеніе человѣческихъ общинъ относится къ до-историческимъ временамъ существованія человѣчества: ср. v. Schubert-Soldern, Zur Rechtsphilosophie, въ Zeitschr. f. die gesamte Staatswissenschaft 1897 III, стр. 491.

ственностью и женами граждан онѣ распоряжались по своему усмотрѣнію. Въ оправданіе этого они ссылались на свое божественное происхожденіе. Какъ потомки боговъ они возвышались надъ простыми гражданами. Всякое общеніе съ ними считалось священнымъ, всякую вещь они могли изъять изъ гражданскаго оборота (сдѣлать „tabu“). Всѣ люди должны были видѣть свое счастье въ услуженіи имъ. Они слѣдовательно занимали то положеніе, которое Аристотель охарактеризовалъ словомъ тиранъ, но все же положеніе, освященное религіей.

Этотъ переворотъ произвелъ во всѣхъ областяхъ большія измѣненія. Измѣненія, которые быть можетъ произошли бы втеченіе столѣтій, воспослѣдовали въ нѣсколько лѣтъ. Дальнѣйшій ростъ всей культуры особенно долженъ былъ интересовать вождей, такъ какъ этотъ ростъ былъ вмѣстѣ съ тѣмъ возвышеніемъ ихъ могущества. Въ особенности они старались развить матеріальную культуру и этимъ самымъ увеличить свое богатство. Имъ были ненавистны такія антисоціальныя тенденціи, какъ кровавая месть и самоуправство и они внесли глубокія измѣненія въ народную жизнь. Они присваивали себѣ исключительное право въ области судопроизводства и администраціи и приписывали себѣ власть творить право.

Такъ, въ весьма короткое время, выступила на сцену вышеозначенная эволюція человѣчества: гдѣ прежде бродили ощупью, теперь сознательно творили. Законы слѣдовали за законами, распоряженія за распоряженіями. Все должно было подчиняться сверхъчеловѣку; съ его смертью рушилась вся культура. Только съ водвореніемъ новаго вождя, наступалъ снова законный порядокъ, такъ какъ твердо вѣрили, что все зависитъ отъ вождя и все благо исходитъ отъ него. Отсюда и ведетъ свое происхожденіе обычай многихъ народовъ скрывать смерть вождя до тѣхъ поръ, пока

не появится новый вождь и не возьметъ въ свои руки власть.

Но право вождей дѣйствовало благотворно и въ другомъ направленіи. Въ интересахъ вождя было защищаться отъ враждебныхъ силъ; поэтому онъ былъ поставленъ въ необходимость для защиты своихъ владѣній концентрировать всѣ свои боевыя силы. Но это имѣло и общее значеніе, такъ какъ вожди нерѣдко поддерживали въ теченіи продолжительнаго времени мирный порядокъ и этимъ освобождали народъ отъ вторженій чужеземцевъ, опустошавшихъ раньше ихъ области, убивавшихъ народъ и приводившихъ его къ гибели, къ полному подчиненію, или къ рабству.

Другимъ преимуществомъ дружиннаго строя было содѣйствіе развитію международныхъ сношеній. Главной заботой вождей былъ надзоръ за событіями, происходившими за предѣлами ихъ владѣній и наблюденіе за отношеніями своего государства къ сосѣдямъ. Они устанавливали добрыя отношенія; поэтому имъ обязаны своимъ развитіемъ союзы и договоры съ другими государствами. Это мы видимъ напр. у африканскихъ вождей и далѣе въ средніе вѣка. Въ италіанскихъ городахъ возвысившаяся синьорія преимущественно поддерживала международныя сношенія.

Еще объ одномъ явленіи мы должны упомянуть: часто вожди вносили въ область культа извѣстную свободу. Свобода исповѣданій должна была оказать имъ сильную помощь въ борьбѣ съ духовенствомъ.

Значеніе вождей въ области культуры мы не можемъ достаточно высоко оцѣнить; поэтому уже въ древности и въ средніе вѣка строго различали правительственную власть, заботливо охраняющую интересы народа, отъ тираніи, угнетавшей народъ и подчинявшей его полному произволу [1]).

---

1) См. по этому поводу изслѣдованія Ѳомы Аквинскаго, Bartolus'a и др. объ убійствѣ тирановъ.

Въ томъ случаѣ, если вождь могъ совмѣстить въ себѣ и духовную власть, быть въ то же время и верховнымъ жрецомъ, какъ это было напр. у племени инкасовъ, тогда его могущество не знало границъ. Но не всегда въ этомъ отношеніи его путь былъ усыпанъ розами, такъ какъ духовенство было такъ тѣсно связано съ народомъ, его взглядами и убѣжденіями, что вождю не оставалось ничего другого, какъ стараться войти съ нимъ въ союзъ. Правда могущественные вожди безпрестанно подкапывались подъ власть духовенства и захватывали въ свои руки одну за другой ихъ функціи: они придали свѣтскій характеръ процессу, управленію и войнѣ, они предоставили извѣстную религіозную свободу, вносили раздоры въ среду духовенства и этимъ въ значительной степени содѣйствовали обновленію государства. Съ другой стороны духовенство было для многихъ угнетенныхъ защитой противъ могущества отдѣльныхъ лицъ и въ особенности отъ злоупотребленій такого безграничнаго единовластія. Часто поэтому происходила борьба, которая продолжалась между императорскою и папскою властью еще и въ болѣе позднія времена, борьба, которая приводила нерѣдко къ ужаснымъ столкновеніямъ и закаляла духовныя силы той и другой стороны.

Но духовенство выполнило еще и другую важную функцію: при его содѣйствіи произошло превращеніе власти вождя въ королевскую. Король не является вождемъ, такъ какъ онъ, обладая теперь абсолютной властью, объявляетъ себя единственнымъ источникомъ права. Онъ знаетъ, что онъ является органомъ государства, безразлично, считаетъ ли онъ себя органомъ, имѣющимъ право свободно и безотвѣтственно распоряжаться всѣмъ, или нѣтъ. Отсюда развивается слѣдующее положеніе: разъ король является органомъ государства, то онъ имѣетъ не только права, но и обязанности; онъ долженъ дѣйствовать въ интересахъ госу-

дарства. Хотя эта мысль объ обязанностяхъ короля только постепенно созрѣваетъ вполнѣ, но уже съ самаго начала существованія королевской власти появляется неясное еще сознаніе, что властелинъ долженъ дѣйствовать не только въ своихъ интересахъ, но и въ интересахъ своихъ подданныхъ [1]). И здѣсь духовенство содѣйствовало совершенію переворота. Священники объявили королей помазанниками Божіими, а ихъ обязанности по отношеніи къ Богу признали священнымъ содержаніемъ королевской власти. Король долженъ былъ дать клятву быть слугою Господа и исполнять Его заповѣди. Этимъ самымъ была ясно высказана мысль, что желанія короля имѣютъ свои границы и что эти границы опредѣляются всеобщими потребностями и благомъ народа,—поскольку это благо было близко духовенству и служило ему на пользу.

Такъ возникла королевская власть. Но не вездѣ вождямъ удалось захватить высшую власть въ свои руки: у многихъ народовъ продолжалъ существовать республиканскій строй, у другихъ власть вождя была ограничиваема могущественными родами; у третьихъ же народное собраніе должно было созываться каждый разъ, когда назрѣвала необходимость разрѣшенія важныхъ вопросовъ, выходившихъ за предѣлы обычнаго круга государственнаго управленія.

Поэтому то существуютъ двѣ діаметрально противоположныхъ организаціи государства: организація съ правами для одного лица, стоящаго во главѣ государства, или съ правами народа, имѣющаго право избирать себѣ президентовъ, источникъ власти которыхъ коренился въ самомъ народѣ, а не въ какомъ либо внѣшнемъ самостоятельномъ источникѣ: первое - это монархія (правильнѣе самодержавіе), второе—республика [2]).

---

[1]) Ср. Aall, Macht und Pflicht стр. 277 и сл.

[1]) Эта мысль подробнѣе изложена въ Einführung стр. 125. У большинства еще встрѣчается введенное Сократомъ и Аристо-

Дальнѣйшее развитіе государственной жизни въ значительной степени продуктъ новѣйшаго времени, хотя зародыши ея мы встрѣчаемъ уже въ правахъ первобытныхъ и полукультурныхъ народовъ. Уже во времена общиннаго строя мы видимъ примѣры нашихъ современныхъ народныхъ представительствъ; уже здѣсь границы власти духовенства создаютъ обезпеченіе государственному строю. Что касается суда, то мы нерѣдко встрѣчаемъ такое устройство, при которомъ король не самъ творитъ судъ, а только предсѣдательствуетъ въ судѣ знатныхъ лицъ, который и произноситъ свои рѣшенія; такимъ судомъ является напр. въ Восточной Африкѣ судъ у племени Шаури. Это правда только зародыши, но въ позднѣйшихъ отношеніяхъ, когда государственное устройство окрѣпло и опредѣлилось, они получили полное развитіе.

§ 39. Родовое и территоріальное государство.

Народъ, соединенный такимъ образомъ составлялъ единство, при томъ не только правовое, но и культурное, единство духовнаго развитія и жизненныхъ отношеній. Это единство воспроизводится уже генеалогически, такъ какъ народъ произошелъ отъ семьи. Когда различныя общины породнились, то общежитіе становится столь тѣснымъ и групповой бракъ распространяется съ такой могущественной силой, что по необходимости настаетъ извѣстная общая нивеллировка, единообразный образъ мыслей. Сохраняется также и религіозное общеніе, такъ какъ тотемы, хотя и имѣютъ различныхъ идоловъ, но эти боги также походятъ другъ

телемъ дѣленіе государствъ на монархію, аристократію и республику (политію) (Аристотель, Политика III 5 § 1). Правильный взглядъ мы встрѣчаемъ у великаго Макіавелли, principe съ 1: Tutti gli stati... sono o republiche, o principati. См. объ этомъ также Menzel въ Grünhuts Zeitschrift XXIX стр. 562.

на друга, какъ сами тотемы. Такъ развивается объединяющая духовная атмосфера и въ ней то покоится жизненная сила націи.

Это единство нарушается, когда чуждые элементы вторгаются въ область государства. Первоначально такое явленіе было совершенно невозможно: никто не могъ сдѣлаться гражданиномъ, не состоя въ то же время членомъ семьи или рода. Правда эта необходимость ведетъ нерѣдко къ тому, что отдѣльное лицо принимается въ число кліентовъ и такимъ образомъ становится подъ покровительство семьи, охраняющей его, но и требующей отъ него взаимныхъ услугъ; но впрочемъ такое явленіе составляетъ исключеніе.

Измѣненіе въ этомъ положеніи наступаетъ тогда, когда допускаютъ въ страну чужестранцевъ колонистовъ; послѣдніе часто даютъ благодаря своему переселенію весьма значительный приростъ населенія, они обрабатываютъ большія площади земли, они могутъ быть обложены податями и тѣмъ самымъ они содѣйствуютъ благополучію и могуществу государства, такъ какъ защита государства составляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и ихъ личный интересъ. Поэтому большимъ шагомъ впередъ является тотъ моментъ, когда колонисты принимаются въ государственный союзъ и болѣе или менѣе сливаются съ государствомъ. Въ настоящее время на мѣсто единства выступаетъ извѣстное различіе въ міровоззрѣніи, характерѣ, способностяхъ. Но эта разница должна сгладиться благодаря совмѣстной жизни, смѣшаннымъ бракамъ, общимъ интересамъ и совмѣстной дѣятельности на благо государства. Такъ возникаетъ на мѣсто древняго родового государства современное территоріальное государство. И въ другомъ направленіи родовое устройство устарѣло; какъ колонисты разрушили исключительное могущество родовъ, такъ и сами роды часто прекращали свое существованіе благодаря тому, что принадлежавшія къ нимъ семьи

разсѣивались по различнымъ мѣстамъ. Весь родовой союзъ не жилъ теперь вмѣстѣ, онъ не составлялъ болѣе тѣснаго единства, единства родичей, но мѣстныя отношенія объединяли людей. Если одна семья изъ рода А жила вмѣстѣ съ семьей изъ рода В или С, то въ ихъ кругу должно возникнуть новое общеніе, вызванное возникшими благодаря совмѣстному жительству общими интересами.

Такъ на мѣсто родового устройства выступаетъ община со своими собственными главами и представителями. Это разумѣется въ сильной степени содѣйствовало сближенію колонистовъ съ родовыми союзами; исторія государственнаго строя въ Греціи при Клисѳенѣ, замѣнившаго родовыя филы мѣстными[1]) и исторія римскихъ трибутныхъ комицій являются краснорѣчивымъ свидѣтельствомъ могущества такихъ мѣстныхъ союзовъ. Весьма значительны подобныя общины въ Восточной Азіи: китайское общество покоится на союзахъ Chia и Pao съ ихъ главами. Японское общество раньше также состояло изъ такихъ союзовъ Go-nin-kumi и Kashira. Но и въ жизни германскихъ народовъ это общинное устройство въ значительной степени содѣйствовало сокрушенію могущества родовъ, которые правда долгое время старались удержаться, какъ тѣсный союзъ, какъ государство въ государствѣ, но въ концѣ концовъ они должны были сойти со сцены, уступивъ мѣсто другимъ.

Чѣмъ могущественнѣе развивается территоріальное государство, чѣмъ многоразличнѣе съ другой стороны на ряду съ этимъ разнообразіемъ развивается извѣстная общность направленій, тѣмъ богаче будетъ культура государства. Для служенія культурѣ намъ необходимы многія разнообразныя дарованія, но намъ

---

[1]) Kohler und Ziebarth, Das Stadtrecht von Gortyn стр. 45.

одинаково необходимо и общее духовное начало, объединяющее и дающее возможность совмѣстной дѣятельности. Условіемъ здоровой государственной жизни является ассимиляція различныхъ, самостоятельно существующихъ и дѣйствующихъ, соціальныхъ элементовъ.

§ 40. Государство, какъ осуществленіе нравственной идеи.

Подобное развитіе государства имѣетъ и свое оправданіе: государство должно существовать, такъ какъ только въ такомъ организованномъ обществѣ человѣческая культура можетъ развиваться и всѣ пріобрѣтенія человѣческаго духа погибли бы, если бы люди жили врозь. Союзъ долженъ быть самодовлѣющимъ и обладать всей полнотой власти, если только мы желаемъ, чтобы культурныя задачи устояли предъ силами разрушенія и вмѣстѣ съ тѣмъ единеніе должно быть постояннымъ и послѣдовательнымъ для того, чтобы наше культурное развитіе постоянно не подвергалось сильнымъ колебаніямъ. Такимъ образомъ государство является осуществленіемъ Божественнаго Духа, осуществленіемъ дѣйствующихъ въ мірѣ культурныхъ силъ [1]). Вотъ все что касается существа государства. Какъ государства развиваются въ отдѣльности, — это дѣло вліянія историческихъ силъ, причемъ конечно духъ и сознаніе народа играютъ громадную роль. Создаетъ ли народъ лицъ могущихъ занять положеніе сильныхъ властителей, достаточно ли развитъ народъ для того, чтобы подчиниться сильной власти, это конечно зависитъ не только отъ внѣшнихъ историческихъ причинъ, но и отъ характера народа и отъ процесса его развитія [2]).

---

[1]) Относительно взгляда на государство ср. Einführung стр. 120, Lehrb. der Rechtsphil. стр. 142.

[2]) Относительно государственнаго устройства ср. Lehrb. der Rechtsphil. стр. 159, Einführung стр. 125.

Впрочемъ взглядъ относительно значенія и цѣлей государства претерпѣвалъ значительныя измѣненія съ тѣхъ поръ, какъ стали заниматься изслѣдованіемъ этого вопроса. Глубже и основательнѣе всѣхъ разсматривалъ этотъ вопросъ въ древности Аристотель и его трактатъ о политикѣ даетъ современному читателю массу свѣдѣній; онъ также имѣлъ громадное вліяніе на средневѣковое міровоззрѣніе. Правда уже въ средніе вѣка возникла христіанская идея о власти Божьей и, такъ какъ государство и церковь представлялись учрежденіями Божественными, то появился знаменитый вопросъ, организовано ли государство самимъ Богомъ или государство обязано своимъ авторитетомъ церкви. Этотъ вопросъ долго волновалъ умы въ теченіи всего средневѣковья. Начиная съ Григорія III, и даже впослѣдствіе онъ не переставалъ интересовать многихъ. Церковь предъявляла исключительныя притязанія на Божественное происхожденіе и объясняло, что государство получило свои права отъ церкви такъ же, какъ луна получаетъ свѣтъ отъ солнца. Такъ возникла теорія о двухъ мечахъ, согласно которой церковь владѣетъ двумя мечами,—одинъ изъ нихъ она передаетъ государству и т. д. Церковь дѣлала отсюда заключеніе, что она имѣла право слѣдить за императоромъ и въ случаѣ необходимости смѣщать его. Самый яркій отпечатокъ этого направленія куріи носитъ знаменитая булла „Unam sanctam“ Бонифація VIII, съ которымъ Данте всегда съ ожесточеніемъ боролся. Тутъ то возгорѣлась борьба по всей линіи и такіе люди, какъ Данте, убѣжденные гибеллины, старались всѣми возможными средствами защитить государство отъ церкви; они утверждали, что церковь не имѣетъ права опекать государство, такъ какъ жизнь въ государственномъ союзѣ являетея однимъ изъ самыхъ необходимыхъ условій существованія всего человѣчества. Въ своей безсмертной поэмѣ онъ часто высказываетъ эту мысль;

кромѣ того онъ написалъ трактатъ „De Monarchia“, гдѣ онъ подробно разрабатываетъ эту идею [1]). Еще дальше шелъ въ 1324 году Марсилій Падуанскій, лейбъ-медикъ императора Людовика Баварскаго, который проповѣдывалъ верховную власть государства надъ церковью совершенно въ духѣ воззрѣній воинственнаго императора, въ защиту интересовъ котораго онъ писалъ этотъ трудъ.

Важную роль при этомъ сыграло и сказаніе о дарѣ императора Константина. Утверждали, что императоръ, оправившись отъ болѣзни, даровалъ папѣ Сильвестру значительныя привилегіи. Въ прежнія времена вѣрили, что этотъ даръ былъ дѣйствительно сдѣланъ и болѣе или менѣе ограничивались этимъ объясненіемъ; въ числѣ такихъ лицъ были: Данте, Бартолусъ и др. Въ настоящее время несомнѣнны ложность и легендарный характеръ этого извѣстія.

Еще долгое время продолжалась борьба и впослѣдствіи, когда уже идея о всемірной имперіи потерпѣла фіаско. Такіе іезуиты, какъ Суарецъ и Іоаннъ Маріана, были краснорѣчивыми защитниками системы господства куріи, которая въ своемъ, систематически проведенномъ, ученіи приводила въ конечномъ исходѣ къ разрѣшенію безнаказанно совершать убійства тирановъ [2]).

Другой путь избрало впослѣдствіе естественное право. Правильная мысль, что дѣленіе людей коренится въ самомъ существѣ человѣческаго духа въ его цѣломъ, а не въ душѣ отдѣльныхъ людей, эта мысль была искажена въ ученіи о государственномъ договорѣ, причемъ общую соціальную волю низводили до степени суммы кооперирующей воли отдѣльныхъ лицъ и эту сумму

---

[1]) Ср. также мой трудъ: Dante als Prophet стр. 52 и сл.

[2]) Ср. замѣчательный трудъ H. G. Schmidt'a, Lehre vom Tyrannenmord (1901) стр. 40 и сл. Затѣмъ Schubert, Staatslehre von Iohannes Salisbury и др.

подводили подъ извѣстное изъ гражданскаго права понятіе о договорѣ. Все это представленіе покоилось на присущемъ естественному праву недостаткѣ метафизическаго обоснованія идей, далѣе на неспособности разсматривать общій составъ, какъ извѣстную цѣлостность и познавать въ немъ богословскія тенденціи[1]). Это понятіе господствовало долго несмотря на то, что Аристотель въ своей „Политикѣ" I 1, § 9 произнесъ цѣнныя слова, что государство—это созданіе природы и что человѣкъ является по своимъ природнымъ свойствамъ существомъ, уже подготовленнымъ къ жизни въ государственномъ союзѣ—ζῶον πολιτικόν и несмотря на то, что Ѳома Аквинскій такъ дивно проповѣдывалъ, что люди должны жить въ государствахъ, даже и въ томъ случаѣ, если бы не произошло грѣхопаденіе человѣка[2]). Вѣдь одинъ изъ величайшихъ политиковъ и оппортюнистовъ Макіавелли (1469—1527) уже показалъ, что въ вопросѣ о пріобрѣтеніи и сохраненіи власти главную роль играетъ могущество, власть надъ средствами и умами, независимо отъ согласія населенія[3]).

Даже самъ Спиноза въ теченіи долгаго времени не могъ отдѣлаться отъ идеи государственнаго договора; онъ еще слѣдовалъ ей въ своемъ Tractatus theologico-politicus, онъ говорилъ въ немъ объ условіяхъ этого договора (XVI, § 12 и сл.). Правда впослѣдствіе въ посмертномъ своемъ произведеніи, незаконченномъ Tractatus politicus онъ почти не упоминаетъ о государственномъ договорѣ (VI 1, III 9): in unum

---

1) Ср. Einführung стр. 122. Впрочемъ договорная теорія государства встрѣчается уже гораздо раньше, прежде всего у китайскаго философа Mehti.

2) Ср. Baumann, Staatslehre des hl. Thomas v. Aquin стр. 167.

3) О Макіавелли ср. Schmidt, Macchiavelli und die allgemeine Staatslehre стр. 67 (1907).

conspirare, et communi aliquo affectu naturaliter convenire[1]).

Однако вліяніе Спинозы уменьшалось втеченіе первыхъ десятилѣтій 18-го вѣка и мнѣнія, высказанныя въ послѣднемъ его трактатѣ, не имѣли никакого вліянія[2]). Еще и въ началѣ 19 стол. продолжало господствовать ученіе о государственномъ договорѣ, пока великій Гегель его навсегда не опровергъ. Онъ говорилъ: „Не отъ свободной воли отдѣльныхъ лицъ зависитъ освободиться отъ государства, такъ какъ каждое лицо уже по природѣ своей является гражданиномъ государства. Разумное назначеніе человѣка заключается въ томъ, чтобы жить въ государствѣ и если послѣднее еще не существуетъ, то во всякомъ случаѣ уже разумъ требуетъ основанія его. Государство должно давать разрѣшеніе на принятіе лица въ число подданныхъ и на исключеніе изъ ихъ состава: слѣдовательно это зависитъ не отъ произвола отдѣльныхъ лицъ и государство не покоится на договорѣ, предполагающемъ произволъ.

Ошибочно мнѣніе тѣхъ лицъ, которыя полагаютъ, что основаніе государства зависитъ всецѣло отъ всеобщаго произвола; скорѣе можно сказать, что пребываніе лица въ государствѣ является для него безусловно необходимымъ“. (Философія права § 75[3]). Со временъ Аристотеля это самое глубокое мнѣніе изъ всего того, что было высказано по поводу этого вопроса. Раз-

[1]) Относительно новаго, болѣе правильнаго взгляда Спинозы см. Menzel, Festgaben für Unger стр. 54 и сл., а также мои замѣчанія въ Jurist. Literaturblatt XI стр. 30 и въ Lehrb. der Rechtsphil. стр. 155.

[2]) Ср. Bäck, Spinozas erste Einwirkungen auf Deutschland стр. 84 и сл.

[3]) Весьма мѣтко говоритъ по этому поводу Franz von Baader, его взгляды хорошо изложены у Reichel'a, Die Sozietätsphilosophie Franz von Baaders стр. 24 и сл. (Separatabdr. aus der Zeitschr. f. die gesamte Staatwissenschaft 57 Heft 2).

сматривать подробно всѣ варіанты ученія о государственномъ договорѣ мы считаемъ излишнимъ, такъ какъ мы намѣрены изложить здѣсь философію, а не исторію философіи права.

Здѣсь не имѣетъ мѣста также и ученіе о предѣлахъ дѣйствія государственной власти и круга личныхъ правъ, такъ какъ дѣло идетъ не о чемъ либо абсолютномъ, а только лишь объ изображеніи по исторически сложившимся различнымъ основаніямъ и основнымъ требованіямъ. Совершенно ложной была теорія, разсматривавшая государство только какъ правовое государство, т. е. та теорія, которая предоставляла государству единственную задачу: попеченіе о развитіи и защиту права [1]). Несомнѣннымъ представляется то обстоятельство, что ни одно современное государство не могло бы процвѣтать, не предоставивъ отдѣльнымъ лицамъ извѣстныхъ правъ, называемыхъ правами человѣка, развитіемъ которыхъ мы обязаны прежде всего основателямъ Соединенныхъ Штатовъ [2]).

Поэтому въ современномъ государствѣ правительственная власть носитъ правомѣрный характеръ и признаетъ законныя права отдѣльнаго лица. Отсюда вытекаетъ ученіе о вѣрности правительства конституціи страны. Зачатки этого явленія намѣчались впрочемъ уже въ раннемъ періодѣ исторіи.

IV. Воздѣйствіе соціальнаго единенія на личность.

1. Уголовное право.

§ 41. Вина и свобода воли.

Въ развитіи отдѣльнаго лица мы сталкиваемся съ такимъ важнымъ вопросомъ, какъ вопросъ о свободѣ воли и о винѣ. Если прежде отвѣтственность за от-

[1]) См. Lehrb. der Rechtsphil стр. 143.

[2]) Lehrb. der Rechtsphil. стр. 158.

дѣльное лицо падало на общество, то въ настоящее время эта отвѣтственность ложится на самое лицо. Вина же покоится на томъ, что человѣкъ дѣйствуетъ не механически по извѣстнымъ побудительнымъ причинамъ, но что онъ обладаетъ извѣстной свободой, такъ называемымъ произволомъ, свободой выбора въ извѣстномъ кругу сообразно побужденіямъ и склонностямъ. Его природныя свойства не такого характера, чтобы создавать непосредственные волевые импульсы на основаніи побудительныхъ причинъ; если бы дѣло обстояло такимъ образомъ, то не существовало бы вовсе свободы воли. Но природныя способности даютъ только извѣстную склонность, опредѣленное стремленіе дѣствовать согласно побудительнымъ причинамъ; рука объ руку съ ними стоитъ свободная воля, дающая возможность уклониться отъ этого стремленія и дѣйствовать по иному направленію. Несомнѣнно, что опредѣлившаяся отдѣльная личность не должна превращать свободу воли въ своеволіе, такъ какъ свобода не есть въ то же время произволъ и нѣтъ неправильнѣе воззрѣнія, какъ то, которое говоритъ, что не нужно руководствоваться исключительно личностью и ея характеромъ, а надо постоянно имѣть въ виду, что каждое лицо въ отдѣльный моментъ является загадкой, раскрывающей иногда самыя невѣроятныя и странныя вещи. Скорѣе можно сказать, что характеръ человѣка даетъ волѣ извѣстное направленіе, заставляющее его безусловно уклониться отъ совершенія извѣстныхъ дѣяній, такъ что можно съ увѣренностью предсказать, что такого то рода дѣянія никогда не могутъ быть совершены извѣстнымъ лицомъ. Несмотря на это цѣлый рядъ возможностей открывается предъ нормальнымъ человѣкомъ и выборъ среди всѣхъ этихъ возможностей всецѣло находится въ рукахъ его свободной воли [1]).

[1]) Относительно детерминизма и индетерминизма ср. Moderne Rechtsprobleme стр. 19 и сл. и Leitfaden des Strafrechts стр. 8.

Свобода воли, обращающаяся противъ соціальныхъ велѣній, часто приводитъ къ винѣ. Соціальныя требованія возникаютъ, коль скоро начинаютъ противополагать отдѣльное лицо совокупности лицъ. Если съ одной стороны человѣку предоставляется возможность дѣйствовать и принимать рѣшенія по собственному усмотрѣнію, то съ другой стороны на него налагается обязанность въ своихъ дѣйствіяхъ охранять извѣстныя права человѣчества. Если онъ этого не дѣлаетъ, то это знаменуетъ собой борьбу съ обществомъ, является беззаконіемъ, виною.

Вина требуетъ искупленія; искупленіе это возстановленіе нарушеннаго виною порядка, причиненнаго вреда, заключающагося въ томъ, что при этомъ нарушается также и соціальный порядокъ, а вслѣдствіе этого произносится угроза всему обществу. Если поэтому уже допускать отдѣльное лицо дѣйствовать самостоятельно, то нужно настоять на охраненіи соціальнаго порядка; цѣлое не должно погибнуть вслѣдствіе произвола отдѣльныхъ лицъ [1]).

Наказаніе заключается въ страданіи, такъ какъ послѣднее очищаетъ человѣка и вмѣстѣ съ тѣмъ смягчаетъ въ глазахъ общества тяжесть его вины, такъ какъ справедливое негодованіе уступаетъ мѣсто состраданію и этимъ виновный снова возвращается въ общественную среду. И чувство нравственности укрѣпляется въ обществѣ, когда послѣднее знаетъ, что страдаетъ то лицо, которое когда то сильно угрожало обществу.

Въ этомъ заключается сущность наказанія: поэтому оно не истощаетъ своихъ силъ въ однихъ внѣшнихъ проявленіяхъ, въ томъ одномъ значеніи, что наказаніе удерживаетъ другихъ отъ совершенія преступленія. Если бы даже дѣло и обстояло такимъ образомъ, то нельзя было бы назвать справедливымъ положеніе, при

---

[1]) Ср. мою статью: Wesen der Strafe (1888).

которомъ одно лицо (какъ souffre-douleur) должно страдать для того лишь, чтобы другія могли исправиться; только тогда наказаніе является справедливымъ, когда оно обращается съ цѣлью искупленія на самого виновнаго.

Точно также нельзя и утверждать, что наказаніе имѣетъ въ виду исключительно одно исправленіе преступника; въ такомъ случаѣ не нужно было бы вовсе наказывать неисправимаго преступника, а у преступника, поддающагося исправленію, наказаніе и принудительное воспитаніе совпадали бы, въ то время, какъ оба эти явленія весьма различны. Бродяга, никого не обижающій, часто нуждается въ болѣе продолжительной мѣрѣ наказанія, чѣмъ воръ, или мошенникъ, или вообще случайный преступникъ.

Въ особенности эти разсужденія имѣютъ значеніе для правильной постановки вопроса о цѣли наказанія. Цѣлью наказанія въ настоящее время подъ вліяніемъ относительной теоріи уголовнаго права считаютъ устрашеніе, исправленіе, наконецъ охраненіе общества отъ дѣяній неисправимыхъ отдѣльныхъ лицъ. Если у послѣдняго существуетъ какая нибудь потребность, то въ такомъ случаѣ нельзя подобное удаленіе отъ общества разсматривать какъ наказаніе: поскольку преступникъ въ силу принципа справедливости требуетъ наложенія на него наказанія, ему должно быть причинено страданіе; поскольку же онъ, кромѣ того, въ виду безопасности общества, долженъ быть изолированъ отъ общества, ему должно быть причинено только то страданіе, которое неразрывно связано съ заключеніемъ вдали отъ общества. Судьба науки уголовнаго права зависитъ отъ строгаго, разграниченія принудительнаго воспитанія, заключенія въ цѣляхъ огражденія общества отъ преступника съ одной стороны отъ наказанія съ другой [1]).

---

[1]) Ср. по этому вопросу Moderne Probleme стр. 44 и сл., Gedanken über die Ziele des heutigen Itrafrechts стр. 24 и сл.

§ 42. Кровавая месть.

Въ тѣ времена, когда индивидуальность была еще мало развита и когда поэтому понятіе о наказаніи, противополагающее отдѣльную личность всему обществу, не могло еще появиться, вмѣсто уголовнаго права дѣйствовала месть.

Месть, какъ и наказаніе, основывается на той идеѣ, что за виной должно слѣдовать возмездіе; но она лишена общественнаго элемента: не потому она требуетъ возмездія, что отдѣльное лицо возмутилось противъ общества и должно быть поэтому наказано тѣмъ же обществомъ, а потому, что отдѣльное лицо явилось потерпѣвшимъ и эта обида требуетъ равносильнаго воздаянія; этого требуетъ чувство (инстинктъ), врожденное у человѣка, какъ и другихъ животныхъ. Поэтому месть вначалѣ является жестокой и слѣпой; она не знаетъ, какъ это наблюдается по крайней мѣрѣ на первыхъ ступеняхъ человѣческаго развитія, чувства мѣры и справедливости. Она не содѣйствуетъ оздоровленію всего общества, а наоборотъ, даетъ возможность возникновенію новыхъ волненій и поэтому является институтомъ антисоціальнымъ и безнравственнымъ. Правда, кровавая месть не всегда останавливается на этихъ первыхъ ступеняхъ своего развитія, она постоянно принимаетъ формы, приближающія ее къ наказанію. Уже то обстоятельство, что месть разсматривали не только какъ право, но и какъ обязанность, и что она совершалась не со стороны потерпѣвшаго, а всей его семьей, придавало ей болѣе общій характеръ. Кромѣ того вырабатывались извѣстные принципы дѣйствія; главнымъ условіемъ сдѣлалось то, чтобы существовало извѣстное соотношеніе между местью и преступленіемъ. Такимъ образомъ кровавая месть втеченіе столѣтій удовлетворяла потребностямъ человѣка и только постепенно она уступила мѣсто другимъ установленіямъ.

Но во всякомъ случаѣ кровавая месть одно изъ самыхъ распространенныхъ явленій земного шара. Нѣтъ такого первобытнаго народа, который бы ее не зналъ, нѣтъ и культурнаго народа, который бы не вышелъ изъ того первоначальнаго состоянія, когда господствовала кровавая месть [1]).

Однако еще и въ родовомъ быту содержалось слѣдующее ограниченіе: нѣтъ мести въ предѣлахъ семьи или рода, такъ какъ это обстоятельство привело бы къ самоистребленію. На мѣсто этого выступаетъ семейная дисциплина, являющаяся предшественницей современнаго уголовнаго права.

§ 43. Зачатки права возмездія.

Когда развилось уголовное право, идея страданія и вмѣстѣ съ тѣмъ правильное соотношеніе между виной и наказаніемъ, часто стало выступать въ очень туманномъ видѣ. Правда, извѣстная закономѣрность установилась уже во времена господства кровавой мести и идея о воздаяніи зла въ томъ же количествѣ, въ какомъ оно было причинено, стала весьма распространенной. Она является выраженіемъ той основной мысли, что наказаніе должно быть справедливо наложеннымъ на человѣка страданіемъ и возмездіемъ. Отсюда положеніе: око за око, зубъ за зубъ. На первый взглядъ это рѣшеніе, казалось бы, имѣетъ сильное оправданіе, но оно противорѣчитъ нашимъ современнымъ воззрѣніямъ и приводитъ къ крайнимъ мѣрамъ,

[1]) Подтвержденіе этого взгляда можно найти въ моемъ „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz" стр. 131 и сл., въ моей статьѣ Über die Blutrache (1885); многочисленныя дальнѣйшія доказательства въ позднѣйшихъ трудахъ сравнительной юриспруденціи. Ср. въ недавнее время Arias, istituzioni giuridiche nella divina Commedia (1901), § 31 и сл., Götz въ Z. f. vergl. Rechtswis. XXIV стр. 246 и сл. (о русскомъ правѣ).

такъ какъ прежде всего оно не обращается противъ вины, а противъ результата дѣянія; такой же исходъ долженъ быть уготованъ виновнику, но это не соотвѣтствуетъ нашимъ современнымъ правовымъ понятіямъ. Быть можетъ преступникъ дѣйствовалъ въ состояніи сильнаго аффекта; но развѣ въ такомъ случаѣ справедливо, что ему самому, послѣ спокойнаго обсужденія, причиняютъ то самое зло, напр. вырываютъ у него глазъ въ томъ случаѣ, если онъ лишилъ глаза другого человѣка? Затѣмъ слѣдуетъ обратить вниманіе и на то обстоятельство, что извѣстный исходъ является для одного лица болѣзненнѣе, нежели для другого. Еще въ прежнія времена обратили вниманіе на тотъ случай, когда однорукій отрубалъ руку другому человѣку; въ такомъ случаѣ потеря руки для перваго была бы несомнѣнно болѣе ужаснымъ несчастіемъ, чѣмъ для того человѣка, въ распоряженіи котораго послѣ потери одной оставалась еще другая рука[1]). Поэтому идея тальона не соотвѣтствуетъ болѣе укоренившимся правовымъ понятіямъ. Наиболѣе правильнымъ представляется теперь слѣдующее положеніе: должно причинить преступнику страданіе, признаваемое въ качествѣ справедливаго воздаянія и уничтоженія вины. Конечно въ разныя времена это происходило различнымъ путемъ. Различно оно въ особенности вслѣдствіе неодинаковой степени впечатлительности и способности переносить страданіе, замѣчаемой въ тѣхъ или другихъ человѣческихъ поколѣніяхъ.

Свое признаніе принципъ возмездія находитъ въ идеѣ Божьяго наказанія. Нужно воздать за со-

---

[1]) Это случай, игравшій большую роль въ міровоззрѣніи грековъ, ср. Kohler und Ziebarth, Recht von Gortyn стр. 90.

[2]) Gedanken über die Ziele des Strafrechts стр. 14 и сл. Однимъ изъ видовъ идеи тальона являются символическія кары и наказаніе виновной части тѣла. Ср. по этому вопросу Leitfaden des Strafrechts стр. 68.

вершеніе дѣянія, такъ какъ здѣсь оскорблено Божество, которое должно быть умилостивлено. Искупленіе предъ лицомъ оскорбленнаго Божества было вмѣстѣ съ тѣмъ искупленіемъ за оскорбленіе Божества и за нарушеніе интересовъ общественныхъ. Правда, часто эта мысль принимала чисто личную форму; полагали, что Божество гнѣвается и недовольно; даже думали, что Оно это недовольство вымѣщаетъ на всемъ человѣчествѣ или по крайней мѣрѣ на городѣ, гдѣ это произошло, и на государствѣ. Такимъ образомъ такой благочестивый императоръ, какъ Юстиніанъ, полагалъ, что хула Бога влечетъ за собою эпидеміи (чуму) и землетрясенія, и даже къ концу 15 вѣка считали, что появленіе оспы знаменуетъ кару Божества за подобныя же преступленія. Точно также и въ италіанскихъ городскихъ правахъ 16 столѣтія мы встрѣчаемъ эту мысль и этимъ объясняется жестокое наказаніе педераста смертью на кострѣ и преданіе смерти виновнаго животнаго: желали уничтожить все то, что служило воспоминаніемъ дѣянію, для того, чтобы и само Божество забыло о немъ и не карало бы всего общества. Конечно эта точка зрѣнія въ значительной степени содѣйствовала созданію уголовнаго права, какъ соціальнаго института и отдѣленію его отъ мести, такъ какъ у самого общества начало появляться стремленіе предавать виновнаго такому наказанію, которое было несравненно болѣе тяжелымъ, чѣмъ то, которое бы могъ желать самъ потерпѣвшій.

Раціонально-обоснованное содержаніе идеи возмездія,—это мысль объ устрашеніи. Искупленіемъ стараются спасти отъ гибели: народное воззрѣніе, полагающее, что лучшимъ способомъ предупрежденія преступленія является устраненіе возможности рецидива преступленія и считающее, что моральное искупленіе покоится во внѣшнемъ страхѣ предъ наказаніемъ. Это воззрѣніе превращаетъ идею объ искупленіи въ идею

устрашенія, господствующую во многихъ областяхъ культуры и въ настоящее время. Но все таки идея устрашенія груба и чувственна. Хотятъ устрашить не угрозой наказанія, гдѣ приведеніе наказанія въ исполненіе было бы дѣломъ второстепеннымъ, а именно самой экзекуціей наказанія, совершаемой поэтому всенародно и сопровождаемой возможно большею жестокостью. Еще въ началѣ 19 столѣтія существовалъ обычай водить на мѣсто казни дѣтей, для того, чтобы они почувствовали благотворный ужасъ передъ преступленіемъ, такъ какъ наказаніе съ необыкновенной яркостью производилось на ихъ глазахъ. Лобное мѣсто обыкновенно представляетъ собой широко открытый на всѣ стороны холмъ, а висѣлица служитъ всюду видимымъ атрибутомъ справедливости, какъ это изобразилъ на двухъ своихъ пейзажахъ города одинъ изъ самыхъ талантливыхъ художниковъ Vettore Pisano [1]).

Во всякомъ случаѣ эта идея въ значительной степени содѣйствовала развитію той мысли, что соціальные интересы играютъ видную роль въ вопросѣ о наказаніи. Уголовное право изъ тальона въ пользу одного лица превратилось въ искупленіе на пользу всему обществу.

Правда, этотъ институтъ искупленія не носитъ абсолютнаго характера; онъ допускаетъ исключенія, поскольку въ извѣстныхъ случаяхъ уничтожается потребность въ наказаніи, или уступаетъ мѣсто другимъ соціальнымъ потребностямъ. Отсюда можно вывесть оправданіе установленію институтовъ уголовной давности и помилованія [2]).

---

[1]) Tondo въ Берлинской картинной галлереѣ и изображеніе св. Георга въ S. Anastasia въ Веронѣ.

[2]) Ср. Wesen der Strafe стр. 18 и сл. Исторія возникновенія ученія о помилованіи характерна для философскаго воззрѣнія на уголовное право; ср. объ этомъ Sternberg, Begnadigung bei den Naturrechtslehrern, Z. f. vgl. R. XIII стр. 321 и сл.

§ 44. Возникновеніе возмездія.

Идея кровавой мести была внѣшнимъ выраженіемъ возмездія; поэтому вначалѣ смотрѣли только на внѣшній вредъ, а не на внутреннюю вину. Въ теченіи долгаго времени уголовное право стояло на этой точкѣ зрѣнія. Многіе народы караютъ вину только изъ за результата дѣянія, не принимая во вниманіе развивающагося при этомъ душевнаго движенія. Такое развитое уголовное право, какъ китайское караетъ также и случайное преступленіе, т. е. преступленіе, совершенное безъ субъективной вины; японское уголовное право, пока оно было свободно отъ вліянія на него европейскихъ тенденцій, также требовало наказанія сумасшедшихъ и людей безвольныхъ. Впослѣдствіе стали дѣлать различіе: первое различіе состояло въ разграниченіи умышленнаго дѣянія отъ неумышленнаго и въ назначеніи болѣе строгаго наказанія за преступленія умышленныя. Это различіе выяснилось уже въ эпоху кровавой мести и многіе народы, какъ напр. народы, исповѣдующіе магометанскую религію, слѣдуютъ этой идеѣ въ томъ смыслѣ, что при совершеніи неумышленнаго убійства они заставляютъ мстителя принять отъ убійцы виру, т. е. извѣстное вознагражденіе за убитаго, а при умышленномъ убійствѣ они даютъ потерпѣвшему право отказаться отъ виры и совершить надъ убійцей кровавую месть.

Право іудейское также разрѣшаетъ неумышленному преступнику бѣжать въ какое нибудь убѣжище и оставаться тамъ, въ то время какъ преступнику, совершившему дѣяніе умышленное, пребываніе въ этомъ городѣ воспрещается. Это положеніе вещей продолжаетъ существовать втеченіе продолжительнаго времени. Постепенно нѣкоторые случаи, какъ напр. случаи совершенія преступленія въ припадкѣ сумасшествія или вслѣдствіе крайняго заблужденія, совершенно не кара-

ются и такимъ образомъ въ концѣ концовъ приходятъ къ самому трудному различію между дѣяніемъ неосторожнымъ и дѣяніемъ, исключающимъ изъ своего состава элементъ вины. Неосторожнымъ мы называемъ того, кто не желаетъ предвидѣть или не предвидитъ исхода, но могъ бы его предусмотрѣть, если бы соблюдалъ необходимую осторожность, требуемую въ отдѣльномъ случаѣ или жизнью вообще или въ частности родомъ его дѣятельности, его спеціальностью. Если въ случаѣ приближенія опасности, создаваемой жизнью, теряютъ полное самообладаніе, необходимое для того, чтобы избѣгнуть нанесенія оскорбленій ближнимъ, то говорятъ, что это недостатокъ воли, вина, такъ какъ этотъ недостатокъ вниманія свидѣтельствуетъ о преступномъ равнодушіи къ интересамъ другихъ лицъ.

Чѣмъ опаснѣе какая нибудь дѣятельность, тѣмъ сильнѣе представляется необходимость обдумать всѣ случайности и предотвратить роковой исходъ. Въ настоящее время, въ эпоху электричества и желѣзныхъ дорогъ, въ то время, когда медицина не останавливается передъ самыми сложными операціями, властное требованіе величайшей осмотрительности выступаетъ передъ человѣкомъ. Такимъ образомъ время, отвергающее отвѣтственность за случайныя преступленія, назначаетъ строгія наказанія за упущенія, въ особенности въ дѣлахъ призванія, требуетъ отвѣтственности, нерѣдко напоминающей старую систему отвѣтственности за случайныя преступленія.

§ 45. Силы, вліяющія на эволюцію.

Великое событіе всемірной исторіи—превращеніе кровавой мести въ государственное уголовное право, произошло слѣдующимъ образомъ: какъ раньше кровная месть не допускалась въ предѣлахъ развѣтвившейся семьи, ее замѣняла семейная дисциплина, такъ и теперь

государство, какъ общеніе, охватывающее всѣ семьи, не допускаетъ кровавой мести, подтачивающей общежительныя отношенія и на мѣсто нея выдвигаетъ наказаніе, налагаемое на преступника государственною властью.

Этотъ шагъ раньше всѣхъ сдѣлало римское право, постановившее, что убійство римскаго гражданина должно какъ parricidium караться предъ лицомъ государственнаго суда. У нѣкоторыхъ народовъ кровавую месть по крайней мѣрѣ подчинили государственному контролю, такъ это произошло у народовъ, исповѣдующихъ магометанство, въ Японіи во времена Tokugawa (17, 18, до половины 19 стол.). И такое измѣненіе происходитъ нерѣдко: кровавая месть приводится въ исполненіе органами государственной власти и палачъ является лишь орудіемъ въ рукахъ кроваваго мстителя. Другими словами кровавую месть допускали постолько, посколько она соотвѣтствуетъ государственнымъ мѣрамъ наказанія преступниковъ.

Этой эволюціи способствовало 3 фактора: появленіе вождей, идея убѣжища и религіи, противодѣйствовавшія духу мести.

Право вождей особенно въ этой области развило свою благотворную дѣятельность; правда это происходило не изъ чувства отеческой благосклонности или изъ соображеній дальновидной соціальной политики вождей, хотя эти выдающіеся факторы не вполнѣ были исключены изъ области ихъ вниманія. Руководящими стимулами вождей въ этомъ вопросѣ были главнымъ образомъ сознаніе своего могущества, проявлявшееся съ необыкновенной силой и ихъ эгоизмъ: наказанія и конфискаціи всецѣло или отчасти были предоставлены ихъ компетенціи. И такимъ образомъ произошло то, что племена Восточной Африки, имѣвшія весьма развитое право вождей, совершенно вытѣснили изъ своихъ владѣній кровавую месть, такъ что уголовное

право вождей исполняло роль мстителя. Бывали и такіе случаи, что вожди сами непосредственно брались за эти дѣла и, не ожидая обвиненія, преслѣдовали преступника, что мы въ настоящее время называемъ системой предварительнаго слѣдствія (дознанія) или инквизиціонной системой.

Убѣжище—это установленіе, навязанное системѣ кровавой мести отчасти религіей, отчасти союзомъ семейнымъ или союзами, заключенными для взаимной защиты. Установленіе это проявлялось въ постановленіяхъ въ извѣстныхъ случаяхъ и отношеніяхъ не совершать кровавой мести.

Прежде всего мы должны упомянуть о мѣстныхъ убѣжищахъ: существуютъ извѣстныя мѣстности, гдѣ кровавая месть не должна была совершаться. Часто случается, что преступникъ скрывается въ храмѣ, въ священномъ урочищѣ, въ домѣ судьи или въ какомъ нибудь другомъ общественномъ зданіи; въ такомъ случаѣ не имѣютъ права захватить его и увести оттуда. Это въ значительной степени привело къ тому, что кровавая месть потеряла свой жестокій характеръ или перешла въ систему композиціи или къ тому, что вожди выступали въ этихъ дѣлахъ сами и, либо примиряли стороны, либо подвергали виновныхъ карѣ. Своеобразный характеръ носитъ мѣсто убѣжища въ іудейскомъ правѣ: здѣсь рѣшали вопросъ, было ли дѣяніе умышленнымъ или неумышленнымъ. Въ первомъ случаѣ преступника выводили изъ города, служившаго ему убѣжищемъ и предавали въ руки мстителя; во второмъ же случаѣ онъ могъ оставаться въ этомъ городѣ и пользовался тамъ полной безопасностью. Подобное явленіе мы встрѣчаемъ и у другихъ народовъ. Но убѣжище можетъ быть и временнымъ только, когда въ извѣстные дни года или недѣли кровавая месть воспрещается; оно можетъ быть и личнымъ: преступникъ въ моментъ сношенія съ членомъ семьи пострадав-

шаго или съ могущественнымъ защитникомъ, защищенъ отъ мести (система Anaya, отъ кабильскаго слова anaya).

Наконецъ и религія оказала сильное вліяніе на уничтоженіе кровавой мести. Этическая мысль, что месть недостойна, должна была привести къ устраненію этого института. Этому не противорѣчило представленіе, что наказаніе и притомъ строгое наказаніе, даже смертная казнь, должно быть налагаемо, поскольку оно исходитъ отъ общества и необходимо для оздоровленія народа, такъ какъ въ такихъ случаяхъ мысль о мести отступаетъ на второй планъ. Уже Ѳома Аквинскій говорилъ, что властители призваны въ качествѣ врачей удалять язвы съ тѣла соціальнаго цѣлаго. Начали сознавать, что кара государства покоится на совершенно иныхъ основаніяхъ, нежели месть. Уже ранѣе упомянутая идея Суда Божія привела къ измѣненію въ этомъ направленіи: появилось наказаніе ради Божества, во имя человѣчества. Такимъ путемъ право христіанскихъ народовъ одолѣло кровавую месть и на мѣсто ея ввело повсюду государственное правосудіе, какъ безпристрастное примѣненіе принципа справедливости. Долгое время существуютъ еще остатки кровавой мести и нѣкоторое время жизнь находится въ противорѣчіи съ правомъ, такъ напр. еще Данте говоритъ объ обязанности совершенія кровавой мести и разсматриваетъ ее, какъ явленіе весьма естественное, присущее семьѣ. Даже и въ настоящее время, 6 столѣтій послѣ Данте, 3 стол. послѣ Шекспира, многіе не могутъ понять, почему Гамлетъ не въ состояніи рѣшиться совершить кровную месть!

§ 46. Современныя проблемы [1]).

Современный міръ покоится еще на правѣ возмездія. Нападки и стремленія построить наказаніе по

---

[1]) Moderne Rechtsprobleme стр. 19 и сл., Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts (1909).

такъ называемымъ идеямъ цѣлесообразности, основамъ, зависящимъ отъ справедливости, не находящимся ни въ какой связи съ виной, не смогли потрясти права возмездія. Стремленія послѣдняго времени скорѣе сводятся къ тому, чтобы путемъ индивидуализаціи наказанія чище и совершеннѣе осуществлять идею справедливости, закрыть источникъ злодѣяній другими средствами, сопутствующими наказанію и, для того, чтобы это лучше всего исполнить, познать таящіеся въ народной жизни и отравляющіе ее зародыши преступленій. Въ особенности воспитаніе юношества является важнымъ факторомъ, которому государство должно посвятить особое вниманіе; нерѣдко въ немъ покоится благо будущаго; отсюда и проистекаютъ заботы о воспитаніи юношества, получившія впервые свое интенсивное развитіе въ Чикаго и въ штатѣ Колорадо, а въ настоящее время привлекшія усиленное вниманіе общества во всѣхъ культурныхъ государствахъ. Въ этомъ случаѣ наказаніе выступаетъ на второй планъ предъ лицомъ воспитательныхъ и исправительныхъ стремленій [1]). Другой цѣлью является строгое удаленіе людей неисправимыхъ изъ общества. Эта цѣль можетъ быть достигнута только основаніемъ колоній для преступниковъ.

2. Процессъ.

§ 47. Процессъ и самоуправство.

Процессъ—это установленіе, стремящееся къ тому, чтобы осуществленіе права производить, вопреки препятствіямъ со стороны воли человѣческой, не отдѣльными лицами, а съ помощью государства. Первона-

---

[1]) Ср. по этому вопросу Mack (переводъ E. Schmidt'a) въ Archiv für Strafrecht томъ 58 стр. 17 и сл. Дальнѣйшія изслѣдованія въ Arch. f. Strafrecht.

чально люди не различаютъ препятствій, возникающихъ на ихъ пути со стороны силъ природы, отъ таковыхъ со стороны людей [1]) и считаютъ несомнѣннымъ, что правомочный субъектъ имѣетъ также и власть подчинить себѣ волю противника.

Самооборона древняго происхожденія, всюду распространена и почитается людьми, какъ установленіе естественное, такъ какъ ограниченіе осуществленія права лишь извѣстными средствами заключаетъ въ себѣ нѣчто искусственное, что должно быть оправдано особыми основаніями. Но оправданіе это вытекаетъ изъ тѣневыхъ сторонъ самообороны; оно является противоположеніемъ воли человѣческой силамъ природы.

Отрицательныя стороны самоуправства въ достаточной степени выяснены. Оно предоставляетъ власть права случаю и осуществленіе права ставитъ въ зависимость отъ могущества; оно безъ контроля и вниманія возбуждаетъ море страстей человѣческихъ, не создаетъ покоя, а наоборотъ порождаетъ постоянныя колебанія власти и наконецъ отвлекаетъ человѣчество отъ культурной работы.

Самоуправство само собственными силами пыталось принести исцѣленіе отъ этихъ тяжкихъ отрицательныхъ сторонъ: оно сдѣлалось дѣломъ общественнымъ, стало требовать содѣйствія лицъ одинаковаго званія, особой формы, въ особенности объявленія. Этимъ устранялись многія злоупотребленія: такъ какъ рѣдко рисковали дерзко сопротивляться убѣжденію народа. Къ этому еще присоединялось то обстоятельство, что въ прежнія времена право было легко обозримымъ и болѣе знакомымъ народу, чѣмъ въ настоящее время. Особенно рельефно это выступаетъ въ кельтическомъ правѣ. Взятіе въ залогъ (athgabail) должно происходить въ опредѣленные сроки. Съ истеченіемъ по-

---

[1]) Einführung in die Rechtswissenschaft стр. 174.

слѣдняго срока (dithim) залогъ погибаетъ. Взятіе въ залогъ должно происходить въ присутствіи особаго свидѣтеля (aigne toxail), перенесеніе же залога въ опредѣленное мѣсто—въ присутствіи еще одного или двухъ лицъ. Залогъ возвращается должнику, если онъ представляетъ обезпеченіе своей явки на судъ (raith), чтобы такимъ образомъ спорное дѣло сдѣлалось предметомъ судебнаго разбирательства[1]).

Даже общественные органы привлекались, хотя только однимъ пассивнымъ присутствіемъ, такъ напр. преторъ при совершеніи legis actio per manus injectionem, у салическихъ франковъ thunginus при nexticanticliio. Большимъ шагомъ впередъ было возникновеніе уголовнаго процессса: то лицо, которое несправедливо воспользовалось самоуправствомъ путемъ привлеченія къ уголовному суду, несло кару въ большей или меньшей степени. Это было могущественное противодѣйствіе тяжкимъ злоупотребленіямъ[2]).

Но всѣ эти вспомогательныя средства были только палліативами. Настоящій прогрессъ долженъ заключаться въ томъ, чтобы органы государства не пассивно лишь присутствовали, а сами своей дѣятельностью помогали осуществлять право. Это устройство имѣло уже то громадное преимущество, что при его осуществленіи слабый человѣкъ могъ восторжествовать надъ самыми сильными, именно тѣмъ, что онъ призывалъ на защиту своихъ правъ государство, болѣе могущественное, чѣмъ самое вліятельное частное лицо. Поэтому было такое время, когда можно было добиваться осуще-

---

[1]) Ср. мою Abhandlung über das keltische Pfändungs-und Prozeszrecht, Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft XXI стр. 198 и сл.

[2]) Такъ въ кельтическомъ правѣ, см. Zeitschrift f. vergl. Rechtswissenschaft XXV стр 203; наоборотъ, въ случаѣ неправомѣрнаго взятія въ залогъ устанавливается штрафъ; такъ въ германскомъ правѣ, ср. Planitz, Vermögensvollstrekung im Mittelalter стр. 707 и сл.

ствленія своихъ правъ двоякимъ путемъ, прибѣгая или къ самоуправству, или къ процессу. Дальнѣйшимъ шагомъ было постепенное удаленіе самоуправства и наконецъ полное его запрещеніе. Въ концѣ концовъ возникло то, что мы называемъ монополіей процесса, именно положеніе, что каждый желающій осуществить свое право долженъ обратиться за помощью къ вспомогательнымъ средствамъ процесса. Только въ исключительныхъ случаяхъ, когда помощь государства невозможна, а защита права необходима, въ виду возможности потери его въ случаѣ инертности, допускается необходимая оборона. Это положеніе и по сю пору признано въ Германскомъ Гражданскомъ Уложеніи въ статьѣ 229 [1]).

§ 48. Право вождей и Судъ Божій.

Какъ и всегда, такъ и въ этомъ случаѣ, различныя обстоятельства способствовали правовому развитію, причемъ люди были сподвижниками на пути прогресса. Въ особенности слѣдуетъ упомянуть о роли права вождей въ области развитія процесса. О большомъ усиленіи ихъ могущества свидѣтельствуетъ тотъ моментъ, когда ищущій правосудія долженъ былъ обращаться къ вождю и искать у него защиты своихъ правъ. О томъ же громадномъ усиленіи ихъ могущества свидѣтельствуетъ тотъ фактъ, что вождю предоставлялась власть творить судъ и надъ могущественнѣйшими лицами. Вмѣстѣ съ тѣмъ это давало вождямъ возможность обогащаться, такъ какъ чаще всего предъявлялись требованія о вознагражденіи, а въ этихъ случаяхъ вождь весьма охотно оставлялъ львиную долю себѣ.

Но уже до эпохи вождей, еще во времена господства тотемовъ, должны были образоваться

---

1) Ср. мое Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I стр. 229.

формы процесса, такъ какъ самоуправство въ области сношеній внутри государства находилось въ противорѣчіи съ порядкомъ и авторитетомъ семьи и рода; поэтому со стороны тотемовъ принимались мѣры къ улаженію споровъ.

Но совершенно новымъ и важнымъ элементомъ въ этой эволюціи было вліяніе Суда Божія. Та мысль, что осуществленіе правъ является Божественнымъ и что Божество само дѣятельно стремится различать право отъ неправа, — эта мысль привела къ новымъ правообразованіямъ. Уже у первобытныхъ народовъ мы встрѣчаемъ своеобразныя учрежденія правового братства, т. е. религіозныя общества, предназначенныя принудительно приводить въ исполненіе волю Божества въ области права. Такія же явленія мы видимъ и въ германскихъ колоніяхъ, такъ напр.: Dukduk, Balum, Kani у папуасовъ[1]), въ видѣ Egbo въ Камерунѣ, когда люди, облеченные въ фантастическія одѣянія, внезапно врываются и творятъ судъ, карая виновника и возстановляя нарушенное право. Послѣ появленія жреческаго сословія дѣло должно было принять другую форму: жрецы захватили право въ свои руки, стали создавать правовыя нормы и преподавать право другимъ. Мало того, они даже призывали содѣйствіе Божества для того, чтобы въ конкретномъ случаѣ установить истину и правильное рѣшеніе вопроса о правѣ и неправѣ. Въ настоящее время путемъ свидѣтельскихъ показаній на судѣ мы стараемся достигнуть положительнаго рѣшенія и убѣжденія въ виновности или невиновности даннаго лица, руководясь при этомъ раціональными принципами и законами познанія; то же достигалось въ прежнія времена обращеніемъ къ Суду Божьему.

---

[1]) Ср. примѣры, приведенные въ Z. f. vergl. Rechtswis. XIV стр. 383 и сл.

Судъ Божій — это дѣятельность, стремящаяся вызвать рѣшенія Божества о правѣ и неправѣ. Такимъ Божьимъ Судомъ является напр. испытаніе въ случаѣ убійства, когда желаютъ разоблачить убійцу, получивъ указаніе отъ самого убитаго, уже отошедшаго въ царство тѣней. Это испытаніе настолько естественно, что мы его можемъ встрѣтить на протяженіи всего земного шара. Разнятся только тѣ средства, которыя примѣняются для того, чтобы заставить духа высказаться и войти съ нимъ въ сношенія. Иные кладутъ свою голову на грудь мертвецу и полагаютъ, что во снѣ имъ явится откровеніе. Другіе несутъ гробъ и думаютъ, что благодаря внезапной дрожи, нервному потрясенію, вызванному у мертвеца во время произнесенія имени убійцы, можно узнать у убитаго, что названный человѣкъ и есть убійца. Иногда слѣдятъ за тѣмъ направленіемъ, которое принимаетъ дымъ костра, разведенный на могилѣ убитаго, предполагая при этомъ, что душа его устремляется туда, гдѣ находится убійца.

Еще идеальнѣе ордаліи, заключающіяся въ томъ, что либо бросаютъ жребій, либо прибѣгаютъ къ какой нибудь другой мѣрѣ для того, чтобы распознать правду отъ неправды. Народы необыкновенно изобрѣтательны въ созданіи такихъ рѣшеній, подсказанныхъ случаемъ. Особенно идеально задуманной, но очень опасной въ виду невозможности провѣрки, является гаданіе по небеснымъ явленіямъ, гдѣ жрецъ-ясновидецъ какимъ нибудь образомъ получаетъ знаменіе и узнаетъ виновника, будь это благодаря просвѣтленію въ состояніи ясновидѣнія, во время сна, или благодаря появленію видѣнія въ зеркалѣ или въ водѣ. Это гаданіе по небеснымъ явленіямъ находится въ связи съ авгураціей, гдѣ такимъ же образомъ стараются угадать будущее. Авгурація для будущаго и Судъ Божій для прошлаго основываются на однихъ и тѣхъ же особенностяхъ духа. У однихъ народовъ сохранилась одна

изъ этихъ формъ, у иныхъ другая. Такихъ два серьезныхъ народа, какъ римляне и китайцы не сохранили Суда Божія въ области процесса, но мы все же встрѣчаемъ у нихъ авгурацію, у римлянъ правда подъ сильнымъ вліяніемъ этрусковъ. Напротивъ, Судъ Божій, какъ гаданіе по небеснымъ явленіямъ, мы находимъ у полинезійцевъ, у аравканцевъ, равнымъ образомъ и у негровъ Африки. У послѣднихъ мы его встрѣчаемъ правда въ такой формѣ, что гаданію по небеснымъ явленіямъ Oganga не довѣряютъ безусловно, а только лишь предоставляютъ лицу, указанному жрецомъ, право сослаться на Рѣшеніе Божества (чаще всего на испытаніе посредствомъ яда).

Новое развитіе получаетъ Судъ Божій, когда онъ превращается въ Приговоръ Божества. Это Судъ Божій, при которомъ обѣ стороны или одна, обыкновенно отвѣтчикъ, приводятся въ соприкосновеніе съ извѣстными силами природы; тогда возникаетъ вопросъ, какъ онъ перенесетъ дѣйствіе ихъ. Повсюду на земномъ шарѣ распространено испытаніе огнемъ и водою, причемъ при испытаніи водою та сторона выигрываетъ, которая дольше держится подъ водою; а при испытаніи огнемъ побѣдительницей оказывается сторона, выходящая изъ огня безъ серьезнаго поврежденія. Совершается это испытаніе разными способами: либо проходятъ чрезъ огонь, или держатъ въ рукѣ раскаленное желѣзо или горячій шаръ, либо опускаютъ руку въ кипятокъ или въ горячее масло. Но и ордаліи при посредствѣ яда очень распространены: мы встрѣчаемъ ихъ въ индійскомъ правѣ и даже и въ настоящее время въ германскихъ колоніяхъ въ Африкѣ. Заключаются онѣ въ томъ, что стороны принимаютъ ядъ и та сторона, которая безболѣзненно переноситъ ядъ, оказывается побѣдительницей; но если она теряетъ сознаніе, то она признается побѣжденной. Ордаліи при помощи вѣсовъ мы встрѣчаемъ въ Индіи, гдѣ обвиняемаго взвѣшиваютъ

два раза, причемъ во второй разъ послѣ предполагаемаго принятія вины на себя; если онъ виновенъ, то въ этотъ разъ онъ, по ихъ мнѣнію, долженъ вѣсить больше. Сюда же нужно отнести различныя испытанія съ помощью животныхъ, въ Африкѣ съ помощью змѣй и крокодиловъ и т. д.

Къ особой категоріи слѣдуетъ отнести испытанія явленіями природы, одѣленными таинственными силами, гдѣ вліяетъ не природная сила явленія, а искусственно насажденная духовная власть, какъ напр. ордаліи, основанныя на предполагаемомъ свойствѣ воды выражать проклятіе виновнымъ, у іудеевъ, и заключающіяся въ томъ, что жена, заподозрѣнная въ прелюбодѣяніи и не сознавшаяся въ своей винѣ, должна была выпить воду, куда былъ опущенъ пергаментъ, наполненный проклятіями; полагали, что у виновной животъ долженъ распухнуть и лопнуть. Затѣмъ слѣдуютъ ордаліи при посредствѣ вкушенія священной пищи у Инка-Перуанцевъ, состоящія въ томъ, что принимаютъ священную пищу послѣ утвержденія о своей невиновности и др.

Этотъ Судъ Божій постолько знаменуетъ собою прогрессъ по сравненію съ безличнымъ Божіимъ Испытаніемъ, поскольку пріобрѣтаетъ значеніе личность сторонъ, преимущественно отвѣтчика. Слѣдствіемъ этого является то, что рѣшающее значеніе имѣютъ не одни только силы природы, не состоящія ни въ какой связи съ правомъ, а болѣе или менѣе сила убѣжденія обвиняемаго и этимъ самымъ духовная сила чистой совѣсти. Еще большее значеніе пріобрѣтаетъ этотъ элементъ въ тѣхъ Судахъ Божьихъ, гдѣ рѣшающее значеніе имѣютъ душевныя проявленія обвиняемаго, какъ напр. дрожь, внезапная блѣдность.

Но еще и другой духовный элементъ имѣетъ здѣсь свое значеніе: пораженіе во время Суда Божія должно влечь за собой тяжелыя таинственныя послѣд-

ствія; тотъ, кто покоряется Божеству тѣмъ, что онъ подтверждаетъ свою правоту, не только можетъ ожидать, что Божество отъ него отвернется, но что онъ подвергнется еще и проклятію и гибели. Нужно только вспомнить объ ужасныхъ послѣдствіяхъ воды, влекущей за собой проклятія, вкушенія священной пищи! Поэтому виновный въ большинствѣ случаевъ не захочетъ подвергнуться этому испытанію и предпочтетъ сознаться, повиниться; оттого глубоко и убѣждены въ томъ, что виновный всегда будетъ найденъ. Но для невиновнаго человѣка ордаліи послѣдняго рода, гдѣ обнаруживаются душевныя тайны, представляютъ послѣднее убѣжище отъ предъявленнаго къ нему обвиненія.

Дальнѣйшее развитіе мы замѣчаемъ, когда кто нибудь поручаетъ себя защитѣ силъ природы, но такимъ образомъ, что результатъ скажется не въ настоящее время, а лишь впослѣдствіи. Напр. кто либо утверждаетъ о своей невиновности и призываетъ въ свидѣтели солнце, море, змѣй и т. д.; полагаютъ, что если онъ неправъ, то эти силы набросятся на него или даже уничтожатъ его. Такъ это происходитъ и у культурныхъ народовъ, напр. въ Индіи, гдѣ налагаютъ руку на голову ребенка и говорятъ, что если высказываютъ неправду, то пусть де дитя погибнетъ. Послѣ этого выжидаютъ извѣстное время и по истеченіи его оправдываютъ обвиняемаго.

Еще дальше на пути одухотворенія идетъ призваніе на себя проклятій и обвиненій, которыя должны прійти въ исполненіе въ неопредѣленномъ времени, обыкновенно только въ загробной жизни. Конечно въ такихъ случаяхъ не могли выжидать результатовъ клятвы съ тѣмъ, чтобы узнать, признается ли лицо поклявшееся виновнымъ или невиновнымъ; поэтому измѣнили это учрежденіе такъ: не результатъ, имѣющій совершиться въ будущемъ, долженъ

оправдать лицо, дающее клятву, а клятва, какъ таковая. Такимъ путемъ развилось самообвиненіе, клятва, произнесенная надъ палкой, исписанной формулами проклятій. Эта клятва — единственное, что намъ осталось со временъ существованія Суда Божія и въ нашемъ современномъ процессѣ она все еще играетъ большую роль. Еще и теперь для многихъ лицъ присяга въ случаѣ подачи несправедливаго показанія влечетъ за собой проклятіе; но постепенно она мѣняетъ свой исторически сложившійся характеръ и становится торжественнымъ актомъ, влекущимъ за собой тяжкія наказанія при ложномъ показаніи. Такимъ образомъ клятва превращается изъ средства произнесенія проклятій, имѣющихъ совершиться въ будущемъ, въ торжественное показаніе, даваемое подъ угрозой тяжелаго наказанія.

§ 49. Переходъ къ раціональному процессу [1]).

Процессъ достигъ своего высочайшаго развитія тогда, когда человѣчество отбросило религіозные мотивы и перешло къ раціональному процессу. Судъ Божій совершенно исчезаетъ; клятва продолжаетъ существовать, но совершенно съ другимъ значеніемъ, для вынесенія приговора важенъ не Гласъ Божій, а убѣжденіе судьи; начинаютъ полагать, что не подобаетъ Божеству выступать въ каждомъ данномъ случаѣ и притомъ по желанію сторонъ. Въ дальнѣйшемъ это имѣетъ своимъ послѣдствіемъ то обстоятельство, что процессъ упрощается. Въ то время, какъ онъ раньше велся въ виду присутствія Божества въ ритуальныхъ формахъ, впослѣдствіе давались только краткія объясненія сторонъ, значеніе которыхъ заключалось въ томъ, что нужно было

---

[1]) Lehrbuch der Rechtsphilosophie стр. 172 и сл., Einführung стр. 175.

по возможности ясно выражаться и не прибѣгать къ особымъ оборотамъ рѣчи.

Развитіе процесса совершалось столь интенсивно въ значительной степени благодаря праву вождей. Часто вожди боролись съ жрецами и поэтому для нихъ было бы весьма нежелательно, если бы жрецы, захвативъ въ свои руки власть надъ ордаліями, причиняли бы имъ затрудненія и привели бы дѣло къ непріятной для нихъ развязкѣ. Поэтому въ интересахъ вождей было по возможности ослабить значеніе Суда Божія и придать вѣское значеніе показаніямъ свидѣтелей.

Мѣстами эта эволюція совершалась медленнѣе, мѣстами быстрѣе. Такъ напр. у отдѣльныхъ племенъ Бантусъ право вождей уже рано создало совершенно новый процессъ; но у германцевъ Судъ Божій продержался удивительно долго благодаря его глубокому религіозному содержанію. Одной изъ послѣднихъ формъ Суда Божія былъ поединокъ, который постепенно въ 13 вѣкѣ потерялъ свою силу. Уже раньше эти ордаліи оказались неудобными для сношеній между людьми, въ особенности торговцы стремились отъ него уклониться тѣмъ, что они испрашивали себѣ особыя привилегіи или устанавливали свой особый торговый судъ. Но въ торговомъ судопроизводствѣ раціональный процессъ получилъ свое интенсивное развитіе. Въ значительной степени онъ развивался благодаря возможности подачи показаній посредствомъ документа, показаній, получающихъ незыблемый характеръ. Они всегда могли быть опять предъявлены; такъ создалась раціональная система письменныхъ доказательствъ.

Кромѣ документовъ большое значеніе въ процессѣ получаютъ свидѣтельскія показанія. Основой свидѣтельскихъ показаній является принятіе присяги: произносящій клятву свидѣтель долженъ былъ въ прежнія времена нерѣдко призывать на судъ и своихъ родственниковъ для того, чтобы клятвенно установить правиль-

ность его показаній. Его показанія только тогда имѣли значеніе, когда они подтверждались всѣми членами его семьи[1]). Но когда семейные узы ослабѣли, то можно было пользоваться въ этихъ случаяхъ содѣйствіемъ друзей и знакомыхъ, или даже совершенно незнакомыхъ лицъ. Эти лица приводились къ присягѣ на судѣ не для выясненія картины того или иного дѣла, фактовъ, сопровождавшихъ его, а исключительно для подтвержденія правильности его показаній. Но со временемъ особенное значеніе получили тѣ гаранты, которые могли подъ присягой давать собственныя показанія. Такъ гаранты сдѣлались свидѣтелями; число гарантовъ было опредѣляемо съ древнѣйшихъ временъ. Отсюда и развилась теорія доказательствъ, продержавшаяся вплоть до 19 столѣтія и состоявшая въ томъ, что судья могъ и даже долженъ былъ признать фактъ тогда, когда онъ подтверждался по меньшей мѣрѣ двумя свидѣтелями. Кромѣ того въ правахъ нѣкоторыхъ народовъ удержалось слѣдующее отношеніе присяги къ свидѣтельскому показанію: можно было доказывать фактъ, опираясь на показанія свидѣтелей, но можно было и требовать присяги противной стороны, т. е. можно было поставить истину въ зависимость отъ присяги противника, или съ другой стороны можно было лишить его возможности воспользоваться присягой благодаря свидѣтельскимъ показаніямъ. Показанія свидѣтелей и (эвентуальная) присяга часто были столь непримиримы, что истецъ долженъ былъ выбирать среди нихъ.

Въ такомъ видѣ у насъ осталась присяга; характерной чертой нашего процесса является то обстоятельство, что судья имѣетъ право рѣшать дѣла по собственно-

---

[1]) Всѣмъ извѣстна присяга въ германскомъ правѣ. Относительно присяги въ правѣ египетскомъ, греческомъ, албанскомъ и въ правѣ Ислама ср. Kohler und Ziebarth, Recht von Gortyn стр. 82 и сл., 128.

му разумному усмотрѣнію и убѣжденію. Современный процессъ стремится достичь важной задачи — творить справедливый судъ, аппеллируя къ разуму пытливаго духа. Конечно это не остается безъ вліянія на развитіе народа, такъ какъ этимъ путемъ повышаются силы націи и отдѣльная человѣческая личность возводится на высшую ступень развитія. Право здѣсь, какъ и въ другихъ областяхъ, является средствомъ для развитія образованія въ народѣ, является школой человѣчества.

С. Взглядъ на будущее.

§ 50. Будущія правообразованія.

Развитіе права въ будущемъ предначертано тѣмъ, что мы уже имѣемъ. Человѣчество создало сначала общее право и перешло въ своемъ развитіи къ праву частному. Постоянныя измѣненія стремленій къ индивидуализаціи привели къ тому, что съ одной стороны возникли общественныя учрежденія, предназначенныя къ ограниченію эксплоатаціи однихъ лицъ другими, далѣе къ смягченію нестроеній міровoго хозяйства и наконецъ къ пріобрѣтенію общественной собственности, направленной противъ чрезмѣрно большихъ имуществъ отдѣльныхъ лицъ и вполнѣ независимой отъ ихъ дѣятельности. Съ другой стороны синдикаты промышленниковъ нерѣдко владѣли рынкомъ и такимъ путемъ достигали явленій, казалось бы противорѣчащихъ основнымъ законамъ свободной конкуренціи.

Нѣкоторыя лица дѣлаютъ отсюда заключеніе, что человѣчество возвращается къ прежнему положенію, къ общности имущества и къ общинному хозяйству. Но объ этомъ не можетъ быть и рѣчи. Союзы, заключен-

ные для объединенія торговыхъ и промышленныхъ предпріятій и для подавленія свободной конкуренціи, постоянно содѣйствуютъ развитію личнаго эгоизма. Отдѣльныя предпріятія объединяются, такъ какъ для нихъ выгоднѣе дѣйствовать сообща, чѣмъ взаимно обезсиливать другъ друга. Общественность поэтому всегда ведетъ къ индивидуализаціи. Соціальныя предохранительныя установленія ни въ коемъ случаѣ не являются врагами частной собственности, наоборотъ: они даютъ этой собственности болѣе устойчивыя основанія, они охраняютъ нашъ общественный порядокъ отъ натиска низшихъ слоевъ человѣческаго общества.

Къ этому присоединяется еще то обстоятельство, что право изобрѣтателя всегда составляетъ преимущество отдѣльнаго лица. Благодаря этому отдѣльное лицо имѣетъ возможность разорвать цѣлую цѣпь и сдѣлаться властителемъ извѣстной отрасли промышленности. Хотя силы, стремящіяся къ единенію, будутъ стараться привлечь къ себѣ изобрѣтателя, но изобрѣтательныхъ умовъ такъ много, что здѣсь постоянно найдется разрушающій элементъ, освобождающій отъ гнета большинства.

Индивидуальное право слѣдовательно будетъ дальше существовать, но сообразно своей природѣ въ тысячахъ оттѣнковъ и разнообразныхъ соединеніяхъ съ общинными элементами. Общество останется въ формѣ общины, государства, правового единенія силъ. Мы не будемъ далѣе говорить о предположеніяхъ въ пользу различныхъ видовъ государства будущаго и въ особенности о возможности образованія мірового союза.

Уже появляется мысль, не удастся ли намъ распространить свою власть на другія планеты. Тогда снова предъ нами выступятъ огромныя проблемы, о которыхъ мы пока умалчиваемъ.

Конечной цѣлью человѣческаго развитія, какъ ясно изъ всего вышеизложеннаго, не можетъ быть личное

счастье, а только наивысшее развитіе культуры по двумъ направленіямъ: по направленію господства надъ міромъ и въ области развитія духовной жизни. Мы должны сдѣлаться могущественными, властителями свѣта. Въ духовномъ отношеніи мы должны достигнуть полнаго познанія, въ области искусства мы должны проникнуть въ его глубочайшіе тайники, въ области религіи познать Божество. Такимъ образомъ движеніе, исходящее отъ абсолютнаго, будетъ опять къ нему приближаться и человѣкъ будетъ все болѣе и болѣе походить на Бога. Относительно дальнѣйшихъ метафизическихъ цѣлей, связанныхъ съ этимъ, и того значенія, какое будетъ имѣть такое цѣлесообразное развитіе освѣщающаго мракъ движенія для міровой жизни, мы можемъ строить одни только предположенія; для насъ достаточно намѣтить только проблему. Въ вышеозначенной эволюціи право имѣетъ двоякое значеніе: съ одной стороны, какъ явленіе культурной жизни, оно служитъ средствомъ познанія человѣка, съ другой право само является вспомогательнымъ средствомъ культуры, благодаря содѣйствію въ дѣлѣ образованія правильныхъ воззрѣній и своему свойству быть средствомъ, охраняющимъ развитіе культуры отъ враждебныхъ силъ. Теорія права, а равно и юридическая практика, философія права, исторія права, догма права и ея примѣненіе, являются въ одинаковой степени незамѣнимыми средствами, споспѣшествующими человѣческому, а тѣмъ самымъ и всеміpному прогрессу. Право подобно свѣточу, сіяющему и открывающему сущность вещей, но вмѣстѣ съ тѣмъ и дающему теплоту, приводящую въ движеніе всю природу. Оно соотвѣтствуетъ мірозданію, которое творитъ своей безграничной волей и безконечнымъ интеллектомъ. Право Божественно и таковымъ останется.

Постоянно будетъ появляться Персей, превращающій въ камень грознаго дракона—силы, разрушающія культуру, своимъ оружіемъ правомъ—головой Горгоны.

Цѣна 1 руб.